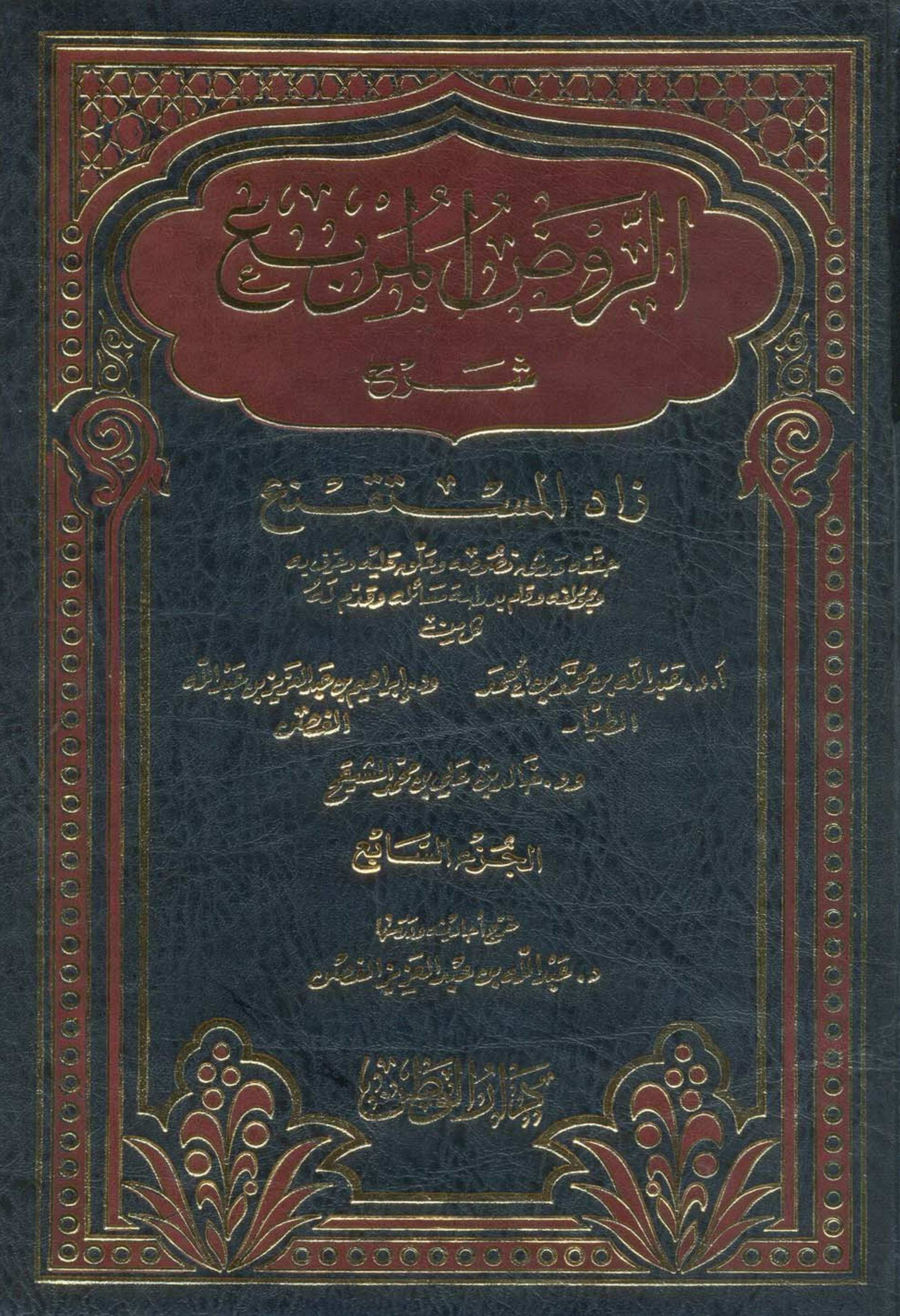

الروض المربع
شرح
زاد المستقنع
حققه وخرج نصوصه وعلق عليه وشرح غريبه
وترجم لأعلامه وقام بدراسة مسائله وقدم له
كل من
أ.د. عبد الله بن محمد بن أحمد الطيار
د. إبراهيم بن عبد العزيز بن عبد الله الغصن
د. خالد بن علي بن محمد المشيقح
الجزء السابع
خرج أحاديثه وآثاره
د. عبد الله بن عبد العزيز الغصن
دار الوطن

الروض المربع

شرح

زاد المستقنع

حققه ووثق نصوصه وعلق عليه وعرف به
وبمؤلفه وقام بدراسة مسائله وقدم له
كل من

أ. د. عبد الله بن محمد بن أحمد الطيار
الأستاذ بجامعة الإمام محمد بن سعود
الإسلامية فرع القصيم

ود. إبراهيم بن عبد العزيز بن عبد الله الغصن
الأستاذ المساعد بقسم الفقه بكلية الشريعة
وأصول الدين في القصيم

ود. خالد بن علي بن محمد المشيقح
الأستاذ المساعد بقسم الفقه بكلية الشريعة
وأصول الدين في القصيم

خرج أحاديثه ودرسها

د. عبد الله بن عبد العزيز الغصن
الأستاذ المشارك بقسم السنة بكلية الشريعة
وأصول الدين في القصيم

الجزء السابع

مدار الوطن للنشر

الطبعة الأولى

١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م



هاتف: ٤٧٩٢٠٤٢ (٥ خطوط) فاكس: ٤٧٢٣٩٤١ - ص.ب: ٢٤٥٧٦٠

فرع السويدي: هاتف: ٤٢٦٧١٧٧ - فاكس: ٤٢٦٧٣٧٧

منطقة الرياض: ٠٥٠٣٢٦٩٣١٦

المنطقة الغربية: ٠٥٠٤١٤٣١٩٨ المنطقة الشرقية: ٠٥٠٣١٩٣٢٦٨

المنطقة الشمالية والقصيم: ٠٥٠٤١٣٠٧٢٨ - المنطقة الجنوبية: ٠٥٠٤١٣٠٧٢٧

التوزيع الخيري: ٠٥٠٦٤٣٦٨٠٤ - ٢٨٣١٤٥٣ - التسويق والمعارض الخارجية: ٠٥٠٦٤٩٥٦٢٥

البريد الإلكتروني: pop@dar-alwatan.com

موقعنا على الإنترنت: www.madar-alwatan.com

الروض المربع

شرح

زاد المستقنع

بسم الله الرحمن الرحيم

بَابُ الشَّرِكَةِ

بَابُ الشَّرِكَةِ

وَهِيَ اجْتِمَاعٌ فِي اسْتِحْقَاقٍ

(باب الشركة)[١]

الشركة[٢] بوزن سَرِقَة ونِعْمة وتَمْرة[٣]. (وهي) نوعان: شركة

---

(١) الشركة جائزة بالكتاب، كما في قوله ـ تعالى ـ: ﴿وَإِنَّ كَثِيرًا مِنَ الْخُلَطَاءِ﴾، ومن السنة ما رواه ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ أن النبي ﷺ «عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع» متفق عليه. والمُساقاة والمزارعة نوع شركة.

وعن أبي المنهال روى أن زيد بن أرقم، والبراء بن عازب كانا شريكين فاشتريا فضة بنقد ونسيئة فبلغ النبي ﷺ فأمرهما: ما كان يداً بيد؛ فخذوه، وما كان نسيئة؛ فردوه. رواه البخاري.

ولأن الإنسان قد يملك المال، لكن لا يستطيع أن يستقل بالتصرف، وقد يملك التصرف، لكن لا يملك المال.

مسألة: تكره مشاركة مَنْ في ماله حرام وحلال يُجهل، وكذا إجابة دعوته.... وتقوى الكراهة وتضعف بحسب كثرة الحرام وقلته. (كشاف القناع ٥/٤٩٦).

(٢) في المطلع (ص ٢٦٠): «قال ابن القطاع: يقال: شركْتُك في الأمر أشركتك شِرْكاً وشِرِكة،وحكى: بوزن نِعْمة وسَرِقة،وحكي مكي لغة ثالثة: شَرْكة بوزن تَمْرة، وحكى ابن سيده: شركته في الأمر، وأشركته...».

ومعناها لغة: الاختلاط. ينظر «لسان العرب»: (٢/٣٣٣).

(٣) بفتح وكسر، وبكسر وسكون، وبفتح وسكون.

أَوْ تَصَرُّفٍ وَهِيَ أَنْوَاعٌ فَشَرِكَةُ عِنَانٍ

أملاك(١)، وهي: (اجتماع في استحقاق)(٢) كثبوت الملك في عقار(٣) أو منفعة[١] لاثنين فأكثر(٤)، (أو) شركة عقود(٥) وهي اجتماع في (تصرف) من بيع ونحوه(٦). (وهي) أي: شركة العقود وهي - المقصودة هنا(٧) - (أنواع) خمسة:

---

(١) وهذا النوع الأول من نوعي الشركة، وهي: شركة الأملاك.

(٢) أي: شركة الأملاك: اجتماع اثنين فأكثر في استحقاق ماليٍّ بشراء، أو هبة، أو إرث، أو غير ذلك، وكل واحد في نصيب شريكه؛ كالأجنبي، لا يجوز له التصرف إلا بإذنه.

(٣) كدارٍ بين اثنين فأكثر؛ بشراء أو إرث، ونحو ذلك.

(٤) كما لو استأجر اثنان داراً، أو وصيٌّ لهم بمنفعة عين؛ فهم شركاء في المنفعة دون العين.

(٥) وهذا هو القسم الثاني من أقسام الشركة، وهي شركة العقود.

(٦) كعمل وغيره، مما سيأتي موضحاً.

(٧) ومن تعاريف الحنفية كما في «مجمع الأنهر: ٢ / ٧١٤»: (عبارة عن العقد بين المتشاركين في الأصل والربح).

ومن تعاريف المالكية كما في «مختصر خليل مع مواهب الجليل: ٥ / ١١٧»: (إذن كلٍّ واحد من الشريكين لصاحبه في التصرف في بدنه أو ماله، لهما مع تصرفهما أنفسهما أيضاً).

ومن تعاريف الشافعية كما في «نهاية المحتاج: ٥ / ٢»: (عقد يقتضي ثبوت الحق شائعاً لاثنين فأكثر).

---

[١] في س، هـ. بلفظ منفعته.

. . . .

- -

فأحدها: (**شركة عنان**)(١) سميت بذلك لتساوي الشريكين في المال والتصرف كالفارسين إذا [سَوَّيا][١] بين فرسيهما، وتساويا في

(١) العنانُ في اللغة: من عَنَّ يعنُّ، إذا ظهر أمامك، وذلك لظهور مال كلٍّ من الشريكين لصاحبه، أو لأنها أظهر أنواع الشركة.
وقيل: العنانُ: سيرُ اللِّجام الذي تمسك به الدابة، سمِّيَ به لاعتراض سَيرَيْهِ على صفحتي عنق الدابة من اليمين والشمال، فالشريكان مستويان في ولاية الفسخ والتصرف واستحقاق الربح، كاستواء طرفي العنان.
وقيل: سميت عناناً؛ لأنها مشتقة من المعانة وهي المعارضة؛ لمعارضة كل واحد منهما صاحبه بمالٍ مثل مال صاحبه، وعمله فيه مثل عمل صاحبه بيعاً وشراء، أو لأن كل واحد منهما يمنع الآخر من التصرف، كما يمنع العنان الدابة. «لسان العرب»: (١٣ / ٢٩٢)، و «تاج العروس»: (٩ / ٢٨١)، و «المعجم الوسيط»: (٢ / ٦٣٣).
وشركة العنان جائزة بالإجماع، قال ابن المنذر في «الإجماع: ص ١٢٢»: (وأجمعوا على أن الشركة الصحيحة: أن يُخرج كل واحد من الشريكين مالاً مثل مال صاحبه، دنانير أو دراهم، ثم يخلط ذلك حتى يصير مالاً واحداً، لا يتميز على أن يبيعا ويشتريا ما رأيا من التجارات، على أن ما كان فيه من فضل فلهما، وما كان من نقص فعليهما، فإذا فعلا ذلك؛ صحت الشركة).
وقال ابن رشد في «بداية المجتهد: ٢ / ٢٥١»: (واحدة متفق عليها، وهي: شركة العنان)، وأما قول ابن القاسم: إنه لا يعرف شركة العنان =

[١] في / ف بلفظ: (استويا).

أَنْ يَشْتَرِكَ بَدنَانِ

السير. وهي (**أن يشترك بدنان**)[١] [أي شخصان فأكثر(١) مسلمين أو أحدهما، ولا تكره مشاركة كتابيٍّ لا يلي التصرف(٢)][١](٣)

= عن مالك، وأنه لم يرَ أحداً من أهل الحجاز يعرفها؛ فالمراد أنه لم يعرف استعمال هذا اللفظ ببلدهم.

(١) ويشترط فيهما أن يكونا جائزي التصرف؛ لأنها عقد على تصرف في مال؛ فلم تصح من غير جائز التصرف كالبيع. «كشاف القناع»: (٣/٤٩٦).

(٢) جمهور أهل العلم: أن المسلم له مشاركة الذميٍّ.
لكن عند المالكية: لا ينفرد الذمي ببيع ولا شراء، ولا قضاء ولا اقتضاء إلا بحضرة المسلم وعند الشافعية: تكره مشاركة الكافر.
ودليل جواز مشاركة الذمي: أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بنصف ما يخرج منها على أن يعملوها بأموالهم وأنفسهم، وابتاع رسول الله ﷺ من يهوديٍّ طعاماً، ورهنه درعه.
ودليل من قال بالكراهة: ورود ذلك عن ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ ولأن مال الذمي ليس طيباً لبيعهم الخمر، وتعاملهم بالربا.
وعند الحنفية: تجوز مشاركة الذمي إلا في شركة المفاوضة؛ **لأن** مبنى المفاوضة على المساواة، ولا مساواة بين المسلم والذمي في التصرف، ولا محل التصرف.
(البحر الرائق: ٥/١٨٣، ومواهب الجليل: ٥/١١٨، وتكملة المجموع: ١٣/٥٠٧، والمغني: ٧/١٠٩، والمحلى: ٨/٥٤٧).

(٣) فإن كان بحضرة مسلم لا يكره على المذهب؛ لأن علة الكراهة خشية =

[١ـ١] ما بين المعقوفين ساقط من / س.

بِمَالَيْهِمَا الـمَعْلُومِ، وَلَوْ مُتَفَاوِتاً،

(**بماليهما**[١] **المعلوم**)(١) كل منهما الحاضرين(٢)، (**ولو**) كان ما[٢] لكل[٣] (**متفاوتاً**)(٣) بأن [لم][٤] يتساو المالان قدراً أو جنساً أو

= تعامله بالربا، وهذا منتف بحضرة المسلم. (كشاف القناع: ٣/٤٩٦).
وفي كشاف القناع (٣/٤٩٦): «وتُكره مشاركة مجوسي ووثني ومن في معناه، ممن يعبد غير الله تعالى، وظاهره: ولو كان المسلم يلي التصرف، قال أحمد في المجوسي: ما أحب مخالطته ومعاملته؛ لأنه يستحل ما لا يستحل هذا) ا.هـ.

(١) إذ المجهول لا يمكن الرجوع إليه بعد فسخ الشركة.

(٢) فلا تصح على غائب، أو في الذمة، فيعتبر حضور ماليهما لتقرير العمل؛ وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لأن المال الذي بيد من عليه الدين له، وإنما يصير لغريمه بقبضه ولم يوجد القبض ههنا. (المصادر السابقة).
وقال ابن القيم ـ كما في (إعلام الموقعين: ٣/٣٥٠)ـ: «تجوز المضاربة بالدَّيْن، وهو الراجح في الدليل، وليس في الأدلة الشرعية ما يمنع من جوازه، ولا يقتضي تجويزه مخالفة قاعدة من قواعد الشرع، ولا وقوعاً في محظور، ولا غرر ولا مفسدة، وتجويزه من محاسن الشريعة».

(٣) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم،؛لأنهما مالان من جنس =

---

[١] في / م، ف. بلفظ: (بمالهما).

[٢] في / ظ، وبعض المطبوعات بلفظ: (مال كل).

[٣] في بعض المطبوعات بزيادة لفظ: (منهما).

[٤] ساقط من / م، ف.

لِيَعْمَلاَ فِيهِ بِبَدَنَيْهِمَا

صفة(١)، (**ليعملا [فيه]**[١] **ببدنيهما**) أو يعمل فيه أحدهما، ويكون له من الربح أكثر من ربح ماله(٢)، فإن كان بدونه؛ لم يصح(٤) وبقدره

= الأثمان، فجاز عقد الشركة عليهما كما لو تساويا.
وعند بعض الشافعية: عدم الجواز؛ لأن صاحب المال القليل إن أخذ نصف الربح؛ أخذ ربح مال لا يملكه، وإن أخذ بقدر ماله أخذ شريكه بعض الربح الحاصل لعمله؛ لاستوائهما في العمل.
(بدائع الصنائع: ٦/ ٥٩، والشرح الصغير: ٣/ ٤٥٩، وشرح روض الطالب: ٢/ ٢٥٣، والشرح الكبير مع الإنصاف: ١٤/ ٢٣).

(١) كما لو كان مع أحدهما دنانير، والآخر دراهم، وعند التراجع يرجعان بما أخرجاه، والباقي ربح، خلافاً للشافعي، لاشتراطه خلط المالين (الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٤/ ٢٢).

(٢) ليكون الجزء الزائد في نظير عمله في مال الشركة.

(٣) في الإنصاف مع الشرح الكبير (١٤/ ١٠): «فإن اشتركا على أن العمل مع أحدهما في المالين؛ صح، ويكون عناناً ومضاربة ....
وقال الزركشي: هذه الشركة تجمع شركة ومضاربة، فمن حيث إن كلاً منهما يجمع المال؛ تشبه شركة العنان، ومن حيث إن أحدهما يعمل في مال صاحبه في جزء من الربح؛ هي مضاربة (ا.هـ) وهي شركة عنان على الصحيح من المذهب، وقيل: شركة مضاربة، فإن شرط له ربحاً قَدْر ماله؛ فهو إبضاع، وإن شرط له ربحاً أقل من ماله؛ لم يصح، على الصحيح من المذهب.
وفي وجه آخر، وهو ظاهر كلام الخرقي، وذكره القاضي».

[١] ساقط من / ف.

فَيَنْفُذَ تَصَرُّفُ كُلٍّ مِنْهُمَا فِيهِمَا بِحُكْمِ الـمُلْكِ فِي نَصِيبِه، وبالوَكَالَةِ فِي نَصِيبِ شَرِيكِهِ، وَيُشْتَرَطُ: أَنْ يَكُونَ رَأْسُ الـمَالِ مِنَ النَّقْدَيْنِ الـمَضْرُوبَيْنِ

إبضاع[١]، وإن اشتركا في مختلط بينهما شائعاً[٢] صح إن علما قدر ما لكل منهما[٣]، (**فينفذ تصرف كل منهما فيهما**) أي: في المالين (**بحكم الملك في نصيبه**) وبحكم[1] (**الوكالة في نصيب شريكه**)[٤]، ويغني لفظ الشركة عن إذن صريح في التصرف، ويشترط لشركة العنان. والمضاربة (**أن يكون رأس المال من النقدين**[٥] **المضروبين**)[٦] لأنهما[2] قيم الأموال وأثمان البياعات، فلا تصح بعروض[٧] ولا فلوس ولو

---

(١) الإبضاع: أن يعطي من يبيع له بلا عوض. (المقنع مع الشرح الكبير ١٤/٥٧).

(٢) كما لو ورثاه، أو اتهباه.

(٣) عن نصف، أو ربع، ونحو ذلك لانتفاء الغرر.

(٤) في الإنصاف مع الشرح الكبير (١٤/١١): «بلا نزاع».

(٥) الذهب والفضة، وكون رأس مال الشركة من الذهب والفضة تصح معه الشركة بالاتفاق.

(٦) أي: ما ضربه الإمام من الدراهم والدنانير التي يتعامل بها الناس. (ينظر الأحكام السلطانية لأبي يعلى ص١٧٩).

(٧) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفية والظاهرية؛ لأن رأس مال الشركة في العروض هو قيمتها وهي مجهولة؛ إذ لا تعرف إلا بالحزر والظن فيؤدي ذلك إلى جهالة الربح مما يؤدي إلى النزاع والشقاق.

وعند المالكية، وبه قال الأوزاعي، وابن أبي ليلى، ورواية عن الإمام =

---

[١] في / س بلفظ: (يحكم).

[٢] في / ط، م، ف بلفظ (لأنها).

وَلَوْ مَغْشُوشَيْنِ يَسِيراً،

نافقة[١]، وتصح بالنقدين (**ولو مغشوشين يسيراً**) كحبة فضة في

= أحمد: يصح أن يكون رأس مال الشركة من العروض؛ لأن مقصود الشركة هو التصرف في المالين وكون الربح بينهما، وهذا يحصل في العروض، ولأن رأس المال في الشركة معلوم وهو قيمة العروض فكانت كالنقود.

وعند الشافعية: إن كانت العروض مثلية؛ كالحبوب والأدهان، صح أن تكون رأس مال للشركة، وإن كانت قيمية لم يصح؛ لأن المثلي إذا اختلط بجنسه؛ ارتفع معه التمييز فأشبه الأثمان، وأما القيمي؛ فقد تزيد قيمة أحدهما على الآخر، فيستوعب جميع الربح.

(بدائع الصنائع: ٦/ ٥٩، والشرح الصغير: ٣/ ٤٥٩)، وشرح روض الطالب: ٢/ ٢٥٣، والمغني: ٧/ ١٢٥، ومطالب أولي النهي: ٣/ ٤٩٩).

والأقرب: قول المالكية، إذ الأصل في المعاملات الحل، وما علل به المخالفون غير مسلم؛ للعلم بقيمة العروض.

(١) وهذا هو المذهب بناء على أنها عروض.

وفي الشرح الكبير مع الإنصاف (١٤/ ١٦): «ولا تصح الشركة بالفلوس، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وابن القاسم صاحب مالك.

ويتخرج الجواز إذا كانت نافقة؛ فإن أحمد قال: لا أرى السلم في الفلوس؛ لأنه يشبه الصرف. هذا قول محمد بن الحسن وأبي ثور؛ لأنهما ثمن، فأشبهت الدراهم والدنانير.

وفيه وجه آخر: أن الشركة تجوز بها على كل حال، وإن لم تكن نافقة، =

وَأَنْ يَشْتَرِطَا لِكُلٍّ مِنْهُمَا جُزْءاً مِنَ الرِّبْحِ مُشَاعاً مَعْلُوماً،

دينار، ذكره[١] في «المغني»(١) و «الشرح»(٢) لأنه لا يمكن التحرز منه، فإن كان الغش كثيراً لم يصح لعدم انضباطه. (و) يشترط أيضاً (**أن يشترطا لكل منهما جزءاً من الربح مشاعاً معلوماً**) كالثلث والربع(٣)؛

= بناء على جواز الشركة بالعروض ... فإذا قلنا بصحة الشركة بها؛ فإنها إن كانت نافقة، كان رأس المال مثلها، وإن كانت كاسدة، كانت قيمتها كالعروض».

(١) «المغني»: (٧/١٢٥).

(٢) في الشرح الكبير مع الإنصاف (١٤/١٤): «اختلف أصحابنا في الشركة بالمغشوش من الأثمان على وجهين:
أحدهما: لا تصح، قلَّ الغش أو كثر، وبه قال الشافعي.
وقال أبو حنيفة: إن كان الغش أقل من النصف؛ جاز، وإن كثر؛ لم يجز؛ لأن الاعتبار بالغالب في كثير من الأصول.
ولنا: أنها مغشوشة أشبه ما لو كان الغش أكثر .... اللهم إلا أن يكون الغش قليلاً لمصلحة النقد كيسير الفضة في الدينار؛ كالحبة ونحوها فلا اعتبار به؛ لأنه لا يمكن التحرز منه، ولا يؤثر في رباً ولا غيره.
والثاني: أن الشركة تصح بها بناء على صحة الشركة في العروض».

(٣) وهذا هو المذهب، ومذهب أبي حنيفة؛ لما علل به المؤلف.
ولأن العمل يستحق به الربح بدليل المضاربة، وقد يتفاضلان فيه لقوة أحدهما وحذقه، فجاز أن يجعل له حظاً من الربح، كالمضارب.
وعند المالكية، والشافعية: يكون الربح على مقدار رأس المال؛ لأن الربح في هذه الشركة تبع للمال، فلا يجوز تغييره بالشرط كالوضيعة.
ونوقش: بأن الوضيعة لا تتعلق إلا بالمال، بخلاف الربح؛ فإنه يتعلق=

---

[١] في / س بلفظ: (وذكره).

فَإِنْ لَمْ يُذْكَرِ الرِّبْحُ، أَوْ شَرَطَا لأَحَدِهِمَا جُزْءاً مَجْهُولاً،

لأن الربح[١] مستحق لهما[٢] بحسب[٣] الاشتراط، فلم يكن بد من اشتراطه كالمضاربة، فإن قالا: والربح بيننا؛ فهو بينهما نصفين(١)، (**فإن لم يذكر الربح**) لم تصح(٢)؛ لأنه المقصود من الشركة، فلا يجوز الإخلال به. (**أو شرطا لأحدهما جزءاً مجهولاً**) لم تصح(٣)؛ لأن

= بالعمل بدليل المضاربة، وعلى هذا فالأقرب ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة. (بدائع الصنائع: ٦ /٥٨، ومواهب الجليل: ٥ /١١٨، وروضة الطالبين: ٤ /٢٧٥، والشرح الكبير مع الإنصاف: ١٤ /١٧).

(١) لأن الاضافة إليهما إضافة واحدة من غير ترجيح،فاقتضت المساواة، كقوله: هذه الدار بيني وبينك. (الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٤ /١٨).

(٢) فيكون الربح على قدر المالين. (المصدر السابق).

وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ١٤٧): «والربح الحاصل من مال لم يأذن مالكه للتجارة فيه، فقيل: هو للمالك فقط، كنماء الأعيان، وقيل: للعامل فقط؛ لأن عليه الضمان، وقيل: يتصدقان به؛ لأنه ربح خبيث، وقيل: يكون بينهما على قدر النفعين بحسب معرفة أهل الخبرة، وهو أصحها، وبه حكم عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ إلا أن يتجر به على غير وجه العدوان، مثل أن يعتقد أنه مال نفسه، فيتبين له أنه مال غيره فهنا يقتسمان الربح بلا ريب».

ونحوه في إعلام الموقعين: (١ /٣٨٦).

(٣) كحصة، أو نصيب، أو مثل ما شرط لفلان مع جهله.

[١] في ر .س بلفظ: الربع. [٢] في / ف بلفظ: (لها).

[٣] في / س بلفظ: (يجد).

أَوْ دَرَاهِمَ مَعْلُومَةً، أَوْ رِبْحَ أَحَدِ الثَّوْبَيْنِ؛ لَمْ تَصِحَّ،

الجهالة تمنع تسليم الواجب[(١)] (أو) شرطا (**دراهم معلومة**)[(٢)] لم تصح لاحتمال ألا يربحها أو[١] لا يربح غيرها[(٣)]، (أو) شرطا (**ربح أحد الثوبين**) أو إحدى[٢] السفرتين، أو ربح تجارة في شهر أو عام بعينه (لم تصح)[(٤)]؛ لأنه قد يربح في ذلك المعين دون غيره[٣]، أو بالعكس فيختص أحدهما بالربح وهو مخالف لموضوع الشركة،

---

(١) ولأن الربح المقصود في الشركة، فلم يصح مع الجهالة؛ كالثمن والأجرة في الإجارة.

(٢) وفي المغني (٧/١٤٦): «قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض إذا جعل أحدهما أو كلاهما دراهم معلومة، وبه قال مالك، وأبو ثور، والأوزاعي، والشافعي، وأصحاب الرأي».

(٣) وفي المغني (٧/١٤٦): «وإنما لم يصح لأمرين:
أحدهما: أنه إذا شرط دراهم معلومة احتمل ألا يربح غيرها، فيحصل على جميع الربح، واحتمل ألا يربحها فيأخذ من رأس المال.
الثاني: أن حصة العامل ينبغي أن تكون معلومة بالأجزاء لما تعذر كونها معلومة بالقدر فيما يشترط أن يكون معلوماً به».

(٤) وفي المغني (٧/١٤٦): «ولا نعلم في ذلك خلافاً».

---

[١] في / ف بلفظ: (ولا يربح).

[٢] في / ص، ف، هـ، م بلفظ: (أحد).

[٣] في / م بلفظ: (خيره).

وَكَذَا مُسَاقَاةٌ وَمُزَارَعَةٌ وَمُضَارَبَةٌ، وَالوَضِيعَةُ عَلَى قَدْرِ الْـمَالِ، وَلاَ يُشْتَرَطُ خَلْطُ الْـمَالَيْنِ

(**وكذا مساقاة ومزارعة**(١) **ومضاربة**) فيعتبر فيها تعيين جزء مشاع معلوم للعامل لما تقدم(٢). (**والوضيعة**) أي: الخسران(**على قدر المال**) بالحساب(٣)، سواء كانت[١] لتلف، أو نقصان في الثمن، أو غير ذلك، (**ولا يشترط خلط المالين**)(٤) لأن القصد الربح، وهو لا يتوقف

---

(١) فلا يصحان إن شرط العامل جزءاً مجهولاً، أو آصعاً معلومة، أو ثمرة شجرة معينة، أو مجهولة، أو زرع ناحية بعينها، ويأتي في باب المساقاة.

(٢) من أنه يشترط للشركة اشتراط ربح مشاع معلوم لكل من الشريكين فكذا هنا، وهو المقصود بها.

(٣) الوضيعة: الخسران في الشركة على كل واحد منهما بقدر ماله، فإن كان متساوياً في القدر؛ فالخسران بينهما نصفين، وإن كان أثلاثاً؛ فالوضيعة أثلاثاً. (الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٤ / ٢٥).
وقال ابن قدامة في المغني (٧ / ١٤٥): «لا نعلم في ذلك خلافاً، وبه يقول أبو حنيفة، والشافعي، وغيرهما».

(٤) وهذا هو المذهب، وهو قول الجمهور؛ لما علل به المؤلف، ولأن الشركة تشتمل على الوكالة، فما جاز التوكيل فيه؛ جازت الشركة فيه، والتوكيل جائز في المالين قبل الخلط كذا الشركة، ولأن مورد العقد العمل، والربح نتيجته، والمال تبع للعمل فلم يشترط خلطه.
وعند الشافعية والظاهرية: يشترط خلط المالين لصحة الشركة؛ لأن عقد الشركة يستوجب الاشتراك في الربح وهو متوقف على الخلط. =

---

[١] في / س بلفظ: (كان).

وَلا كَوْنُهُمَا مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ.

على الخلط، (ولا) يشترط - أيضاً - (**كونهما من جنس واحد**)(١) فيجوز إن أخرج أحدهما / دنانير والآخر دراهم فإذا اقتسما رجع كل بماله ثم اقتسما الفضل(٢)، وما يشتريه كل [١[منهما بعد عقد الشركة؛ فهو بينهما(٣)، وإن تلف أحد المالين]١] فهو من ضمانهما(٤)، ولكل

= ونوقش: بعدم التسليم، بل الربح متوقف على العمل، وعلى هذا: فالأقرب قول الجمهور. (بدائع الصنائع: ٦ / ٦٠، ومواهب الجليل: ٥ / ١٢٥، وشرح المنتهى ٢ / ٣٢٠، وروضة الطالبين: ٤ / ٢٧٧، والشرح الكبير مع الإنصاف: ١٤ / ٢٥، والمحلى: ٨ / ٥٤٥).

(١) وهذا هو المذهب؛ وهو قول الحنفية؛ لأنهما من جنس الأثمان فصحت الشركة فيهما كالجنس الواحد.

وعند الشافعية: يشترط الاتحاد في الجنس؛ بناء على اشتراط خلط المالين ولا يمكن إلا في المال الواحد، وتقدم عدم اشتراطه. (المصادر السابقة).

(٢) أي إذا اقتسم الشريكان بعد فسخ الشركة؛ رجع كل منهما بمثل ماله الذي جعله في الشركة ثم اقتسما الفضل، وهو الربح الحاصل بعد رأس مال الشركة.

(٣) حيث لم ينوه لنفسه؛ لأن العقد وقع على ذلك، والقول قوله في ذلك.

(٤) لا يخلو من أمرين:

الأول: أن يكون ذلك بعد خلط المال؛ فمن ضمانهما. قال في الإنصاف مع الشرح(١٤ / ٢٤): «فلا نزاع أنه من ضمانهما».

الثاني: أن يكون ذلك قبل خلط المال، فالمذهب أنه من ضمانهما؛ لأن =

[١-١] ساقط من / م، ف.

. . . .

منهما أن يبيع ويشتري[١] . . . .

= العقد اقتضى أن يكون المالان كالمال الواحد، فكذلك في الضمان كحال الخلطة.

وعند الحنفية: قبل خلط المالين، إن كان بعد الشراء فمن ضمانهما، وإن كان قبل الشراء فمن ضمان صاحبه؛ لأن تمام العقد يكون بالشراء.

وعند المالكية: ما كان قبل الخلط فمن ضمان صاحبه، والخلط: يقصد به الخلط الحسي، أو الحكمي، وذلك أن يكون المالان في حيازة أحد الشريكين. (المصادر السابقة).

والأقرب قول الحنابلة، لما عللوا به، والله أعلم.

(١) نقداً؛ لأن ذلك من عادة التجار.

وعند الحنفية والمالكية: أن الشريك يملك البيع نسيئة بدون إذن الشريك؛ لأن من عادة التجار البيع نقداً ونسيئة.

وعند الشافعية والحنابلة: لابد من إذن الشريك؛ لأن كل واحد من الشريكين وكيل للآخر في نصيبه، فلا يملك إلا ما يملكه الوكيل.

ونوقش: بأنه قياس مع الفارق؛ إذ الشركة قصد بها الربح بخلاف الوكالة.

(بدائع الصنائع: ٦/ ٦٨، والكافي لابن عبدالبر: ٢/ ٤٨٧، والشرح الكبير للدردير وحاشيته: ٣/ ٣٥٢، وروضة الطالبين: ٤/ ٢٨٣، ومغني المحتاج: ٢/ ٢١٤، والكافي لابن قدامة: ٢/ ٢٦١، والمبدع: ٥/ ١٠، والإنصاف: ٥/ ٤١٦).

مسألة: عند الحنفية والحنابلة: أن الشريك يملك الشراء نسيئة إذا كان الثمن عنده، ولا يملكه إذا لم يكن الثمن عنده،؛لأنه إذا لم يكن الثمن عنده =

. . . .

. . . .

. . . .

= يكون مستديناً على مال الشركة، ولا يملكه إلا بإذن كالمضارب.

وعند المالكية: أن الشريك يملك الشراء نسيئة مطلقاً؛ لأنه مما يحتاج إليه فلا حاجة إلى الإذن. (المصادر السابقة).

مسألة: ولا يملك الشريك البيع ولا الشراء بغبن فاحش عند جمهور أهل العلم؛ لأن المقصود من الشركة الربح، وهذا لا يحصل بالغبن الفاحش؛ فكان مستثنى من العقد دلالة.

وعند أبي حنيفة: يملك البيع بغبن فاحش؛ لأنه يطلق عليه اسم البيع.

ونوقش: بأن هذا المطلق قُيِّدَ بالعرف، وعلى هذا: فالأقرب قول الجمهور. (المصادر السابقة).

مسألة: عند جمهور أهل العلم ـ وهو المذهب ـ: أن للشريك البيع والشراء بالعرض؛ لأن الشركة انعقدت للربح على عادة التجار، والبيع والشراء من عادتهم.

وعند الشافعية: لا يملكه الشريك إلا بالإذن، قياساً على الوكيل حيث لا يملكه إلا بالإذن، وتقدم بيان الفرق بين الشركة والوكالة، وعلى هذا: فالأقرب قول الجمهور. (المصادر السابقة).

مسألة: عند جمهور أهل العلم ـ وهو المذهب ـ: أن الشريك يملك الإقالة في بيع مال الشركة؛ لأن الإقالة إما أن تكون بيعاً أو فسخاً، فإن كانت بيعاً؛ فالشريك يملكه، وإن كانت فسخاً؛ فهو يملك الفسخ بالرد بالعيب مع المصلحة، وكذلك الإقالة مع المصلحة.

وعن الإمام أحمد: أن الشريك لا يملك الإقالة إلا بالإذن؛ لأن الإقالة فسخ، فلا تدخل في الإذن بالتجارة فلا يملكها الشريك.

. . . .

. . . .

ويقتضي، ويطالب بالدَّيْن(١)، ويخاصم فيه، ويحيل ويحتال(٢)،

ونوقش: بعدم التسليم، كما تقدم في تعليل الجمهور. (المصادر السابقة).

(١) وهل للشريك إقراض مال الشرك؟

جمهور أهل العلم ـ وهو المذهب ـ: لا يملك ذلك إلا بالإذن؛ لأن القرض لا عوض له، فكان تبرعاً، والشريك لا يملكه إلا بالإذن.

وعند المالكية: يملكه عند المصلحة، للمصلحة. (المصادر السابقة).

(٢) وهذا باتفاق الفقهاء: أن الشريك له أن يحيل وأن يحتال؛ لأن الحوالة من أعمال التجارة، والتاجر بحاجة إليها؛ لاختلاف الناس بالملاءة والإفلاس. (المصادر السابقة).

مسألة: عند أبي حنيفة ـ وهو المذهب ـ: أن الشريك يملك الرهن والارتهان عند الحاجة، بلا إذن الشريك؛ لأن الرهن يراد للإبقاء، والارتهان يراد للاستيفاء ولكل من الشريكين الإيفاء والاستيفاء، فيملك ما يراد لهما.

وعند محمد بن الحسن، من الحنفية: أن الشريك يملك الرهن والارتهان في شركة المفاوضة مطلقاً، ويملك ذلك في شركة العنان، إذا تولى البيع والشراء بنفسه، ولا يملكه إذا توليا جميعاً، أو تولاه الشريك الآخر؛ لأن الرهن إيفاء، وكل واحد من الشريكين لا يملك أن يوفي دين الآخر من ماله إلا بأمره، والارتهان استيفاء، وأحدهما لا يملك استيفاء ثمن ما عقده شريكه لنفسه، فلا يملك ارتهانه. (بدائع الصنائع: ٦ / ٧٠).

ونوقش: بأن هذا مبني على أن حقوق العقد تختص بالعاقد فقط، وهذا غير مسلم، بل ترجع إلى كل من الشريكين، وعلى هذا فالأقرب القول الأول. (انظر: المغني: ٧ / ١٣١، والمبدع: ٥ / ١١).

. . . .

. . . .

- - - - - - - - - - - - - - - - - - -

ويرد بالعيب، ويفعل كل ما هو من مصلحة تجارتهما[١]، لا أن يكاتب رقيقاً أو يزوجه أو. . . . .

---

(١) وهل يملك الشريك توكيل غيره؟ جمهور أهل العلم ـ وهو المذهب ـ: أن الشريك لا يملك توكيل غيره على مال الشركة إلا بالإذن، إلا ما يعجز عنه، أو لا يليق به مباشرته؛ لأن الشريك لم يرض بتصرف غير الشريك؛ فلابد من إذنه، ولأنه وكيل على مال الشركة، فلا يملك التوكيل إلا فيما لا يتولاه بنفسه، كالوكيل.

وعند الحنفية: أن الشريك يملك توكيل غيره على مال الشركة مطلقاً؛ لأن الشركة انعقدت للتجارة، والتوكيل من توابعها فيكون مأذوناً فيه.

(بدائع الصنائع: ٦/ ٦٩، الكافي لابن عبدالبر: ٢/ ٧٨٦، والشرح الصغير: ٢/ ١٨٥، وحلية العلماء: ٥/ ١٢٠، وروضة الطالبين: ٤/ ٣١٣، والكافي لابن قدامة: ٢/ ٢٦٠، والمغني: ٧/ ١٣٠، والمبدع: ٥/ ١١).

مسألة: عند جمهور أهل العلم ـ وهو المذهب ـ: أن الشريك لا يملك المشاركة بمال الشركة إلا بإذن شريكه؛ لأن الدخول في مثل هذا العقد يتضمن إيجاب حقوق في المال وذهاب بعض الربح للغير، فلابد من موافقة الشريك الآخر.

وعند المالكية: أن الشريك يملك المشاركة في مال معين من مال الشركة بلا إذن، ولا يملك المشاركة في غير المعين إلا بالإذن؛ لأن المشاركة بمال معين تجارة من التجارات فيملكه الشريك بعقد الشركة. (المصادر السابقة).

مسألة: عند جمهور أهل العلم: أن الشريك لا يملك المضاربة بمال الشركة إلا بإذن شريكه؛ لأن مضاربة الشريك بمال الشركة تؤدي إلى إثبات =

. . . .

. . . .

يعتقه(١) أو يحابي(٢) . . . .

= حقوق في المال فلابد من الإذن.
وعند الحنفية: أن الشريك يملك المضاربة مطلقاً؛ لأن الشريك يملك استئجار من يعمل معه في الشركة فلأن يملك الدفع مضاربة أولى. (المصادر السابقة).
مسألة: باتفاق الفقهاء يملك الشريك الاستئجار للشركة، وإجارة مالها؛ لأن المقصود بالشركة التجارة والربح، والإجارة من التجارة، إذ هي بيع، منافع. (المصادر السابقة).

(١) وهذا قول جمهور أهل العلم: أن الشريك لا يملك تزويج العبد، ولا إعتاقه، ولا مكاتبته خلافاً لبعض الحنابلة؛ لأن الشركة تنعقد على التجارة والاعتاق والتزويج والكتابة ليس من التجارة. (المصادر السابقة).

(٢) فلا يملك الشريك إعارة مال الشركة إلا بالإذن، وهذا قول جمهور أهل العلم، وهو المذهب؛ لأن الإعارة تبرع بمنافع مال الشركة، فلا يملكها إلا بالإذن.
وعند الحنفية: أن الشريك يملك إعارة مال الشركة بلا إذن الشريك؛ لأنها أمر معتاد. (المصادر السابقة).
مسألة: وباتفاق الفقهاء: لا يملك الشريك التبرع من مال الشركة. (المصادر السابقة).
مسألة: عند المالكية والحنابلة: أن الشريك يملك إيداع مال الشركة عند الحاجة بلا إذن؛ لأن الإيداع عند الحاجة من مصلحة الشركة، فلا حاجة إلى الإذن.
وعند الحنفية والشافعية: أن الشريك يملك الإيداع مطلقاً؛ لأن الشريك يملك الاستئجار لحفظ مال الشركة بعوض فيملك الحفظ بلا عوض.
ونوقش: بأنه يملكه مع الحاجة أما مع عدمها؛ فيقتضي حبس المال عن=

. . . .

. . . .

أو يقترض(١) على الشركة إلا بإذن شريكه، . . . .

= الاتجار. (المصادر السابقة).

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفية؛ لأن مال الشركة عند الاستدانة يكون أكثر مما رضي الشريك بالمشاركة فيه، فلا يملكه الشريك كما لو ضم إليها شيئاً من ماله.

وعند بعض الحنابلة: أن الشريك يملك الاستدانة مطلقاً؛ لأن الاستدانة تمليك مال بمال، فيملكها الشريك كالصرف. (المصادر السابقة).

مسألة: المصحح عند الحنابلة: أن للشريك السفر بمال الشركة، مع أمن الطريق، بلا إذن، إذ إن من عادة التجار التجارة سفراً وحضراً.

وعن أبي حنيفة ـ وهو قول المالكية ـ: أن الشريك يملك السفر بمال الشركة مطلقاً؛ للإذن المطلق بالتصرف.

وعن أبي حنيفة ـ وهو قول الشافعية ـ: أن الشريك لا يملك السفر بمال الشركة مطلقاً إلا بإذن؛ لأن السفر فيه خطر، وتغرير بالمال. (المصادر السابقة).

مسألة: مبطلات الشركة: تبطل الشركة عند العلماء بأمور:

١- موت أحد الشركاء، وهذا باتفاق الفقهاء؛ لأن حصته انتقلت بالوراثة إلى وارثه.

٢- الحجر على أحد الشركاء لسفه أو فلس؛ لأن الحجر على الموكل يترتب عليه عزل وكيله، فلا يصير باقي الشركاء وكلاء عنه في التصرف. وتقدم في باب الحجر أن أبا حنيفة لا يرى الحجر.

٣- خروج أحد الشريكين من الشركة بشرط عدم الضرر. =

. . . .

. . . .

وعلى كل منهما أن يتولى ما جرت العادة بتوليه من نشر ثوب، وطيه، [أ] وإِحرازه، وقبض النقد، ونحوه، فإن استأجر له؛ فالأجرة عليه.

* * *

= ٤- عزل أحد الشركاء من الشركة لسوء تصرفه، نص عليه الشافعية والحنابلة.
٥- جنون أحد الشريكين جنوناً مطبقاً، ولا يحكم بالبطلان عند الحنفية إلا بمرور ما يصير به الجنون مطبقاً، ويقدره الحنفية بشهر، أو نصف حول.
٦- هلاك مال الشركة.
(بدائع الصنائع: ٦/ ٣٨، ٧٨، وبداية المجتهد: ١/ ٢١١، والشرح الصغير: ٣/ ٣٥٢، وتكملة المجموع الثانية: ١٣/ ٥٣٢، وكشاف القناع: ٣/ ٥٠٦، والمحلى: ٨/ ٢٧٨).

* * *

. . . .

فصلٌ

الثَّانِي : المُضَارَبَةُ

فصل (١)

النوع (الثاني: المضاربة) من الضرب في الأرض، وهو السفر

---

(١) في أحكام المضاربة.

وقد دلَّ على جوازها الكتاب، قال ـ تعالى ـ: ﴿**وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ اللَّهِ**﴾ [المزمل: ٢٠]، وقوله ـ تعالى ـ: ﴿**فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلاةُ فَانتَشِرُوا فِي الأَرْضِ وَابْتَغُوا مِن فَضْلِ اللَّهِ**﴾ [الجمعة: ١٠].

والآثار: فعن عبدالله وعبيد الله ابني عمر ـ رضي الله عنهم ـ: «أنهما لقيا أبا موسى الأشعري بالبصرة منصرفهما من غزوة نهاوند، فتسلفا منه مالاً، وابتاعا منه متاعاً وقدما به المدينة، فباعاه وربحا فيه، وأراد عمر أخذ رأس المال والربح كله، فقالا: لو كان تلف كان ضمانه علينا، فكيف لا يكون ربحه لنا؟ فقال رجل: يا أمير المؤمنين؛ لو جعلته قراضاً، فقال: قد جعلته قراضاً، وأخذ منهما نصف الربح». رواه مالك والشافعي، وصححه الحافظ كما في نيل الأوطار (٥ / ٣٠٠).

وعن حكيم بن حزام ـ رضي الله عنه ـ: «أنه كان يشترط على الرجل إذا أعطاه مالاً مقارضة: ألا تجعل مالي في كبد رطبة، ولا تحمله في بحر، ولا تنزل به بطن مسيل فإن فعلت شيئاً من ذلك؛ فقد ضمنت مالي» رواه الدارقطني، والبيهقي، وقوى الحافظ إسناده كما في النيل: (٥ / ٣٠٠).

. . . .

. . . .

للتجارة[١]، قال الله ـ تعالى ـ: ﴿وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ اللَّهِ﴾[٢][٣]، وتسمى قراضاً ومعاملة[٤]، وهي[٥] دفع

= وورد العمل بالمقارضة عن عثمان ـ رضي الله عنه ـ كما في الموطأ، وابن مسعود في سنن البيهقي.

وجزم ابن حزم في المحلى (٨/٢٨٦): «بوجود القراض في عهد النبي ﷺ».

والإجماع: قال ابن رشد في بداية المجتهد (٢/٢٣٦): «ولا خلاف بين المسلمين في جواز القراض، وأنه مما كان في الجاهلية وأقره الإسلام».

وكذلك نقل ابن المنذر في الإجماع ص١٢٤، وابن قدامة في المغني (٧/١٣٢)، والشوكاني في النيل: (٥/٣٠٠).

ولأن بالناس حاجة إليها فقد يجد الإنسان الدراهم، لكن لا يحسن العمل، وقد يحسن العمل، لكن لا يجد الدراهم.

قال ابن القيم: «المضارب أمين، وأجير، ووكيل، وشريك، فأمين إذا قبض المال، وشريك إذا ظهر الربح، وأجير فيما يباشره من العمل». (كشاف القناع ٣/٥٠٨).

والمضاربة: من أنواع الشركة الخمسة، وهذه تسمية أهل العراق.

(١) لما كان الربح يحصل ـ في الغالب ـ بالسفر للتجارة.

(٢) سورة المزمل: الآية ٢٠.

(٣) أو من الضرب في المال،وهو التصرف فيه.(انظر:معجم مقاييس اللغة: ٥/٧٢).

(٤) فأهل الحجاز يسمونها: قراضاً من القرض وهو القطع؛ لأن المالك قطع للعامل قطعة من ماله. (معجم متن اللغة: ٣/٥٣٩).

(٥) أي في الشرع.

. . . .

لِمُتَّجِرٍ بِهِ بِبَعْضِ رِبْحِهِ

مال[١] معلوم[٢] (**لمتجر**) أي: لمن يتجر (**به ببعض ربحه**) أي: بجزء مشاع معلوم منه، كما تقدم[٣]، فلو قال: خذ هذا المال مضاربة، ولم يذكر سهم العامل؛ فالربح كله لرب المال والوضيعة عليه، وللعامل أجرة

---

(١) بما يؤدي معنى الدفع، وهل يشترط في المال أن يكون من الذهب أو الفضة؟ تقدم في أول الشركة.

(٢) خرج المجهول، كصبرة دراهم؛ إذ لابد من الرجوع إلى رأس المال عند الفسخ؛ ليعلم الربح.

(٣) في أول الشركة، وهذا هو المذهب: أن جعل الربح كله للعامل يفسد المضاربة وللعامل أجرة المثل؛ لأنه عمل على عوض لم يسلم له، وإن لم يصرح بلفظ المضاربة، فإنه يكون قرضاً.
وإذا جعل لرب المال؛ فسدت المضاربة، ولا شيء للعامل؛ لأنه عمل متربعاً، وإن لم يصرح بلفظ المضاربة فإنه يكون إبضاعاً.
وعند الحنفية: اشتراط الربح كله للعامل يخرجه عن المضاربة إلى القرض، واشتراطه كله للمالك يكون إبضاعاً.
وعند المالكية: يجوز أن يشترط الربح كله للمالك ويكون إبضاعاً، وإذا كان للعامل وسمي قراضاً فيأخذ حكم القرض من حيث استحقاق العامل للربح، وحكم القراض، فلا يضمن المال ولا خسارته.
(البحر الرائق: ٧ / ٢٨٧، وحاشية الدسوقي: ٣ / ٦٢٤، وتكملة المجموع: ١٤ / ٢٠٠، وكشاف القناع: ٣ / ٥٠٩).

. . . .

. . . .

مثله[١]، وإن شرط جزءاً من الربح لعبد أحدهما، أو لعبديهما ـ صح وكان لسيده[٢]، وإن شرطاه للعامل ولأجنبي معاً ـ ولو ولد أحدهما أو امرأته[٣] ـ وشرطا عليه عملاً مع العامل؛ صح[٤]، وكانا عاملين،

---

(١) وفي الإنصاف مع الشرح الكبير: (١٤ / ٥٨): «وإن قال: خذه مضاربة والربح كله لك أو لي لم يصح، يعني إذا قال إحداهما مع قوله: مضاربة، وهذا المذهب.

قال القاضي، وابن عقيل، وأبو الخطاب، وغيرهم: هي مضاربة فاسدة يستحق فيها أجرة المثل، وكذا قال في المغني؛ لكنه قال: لا يستحق شيئاً في الصورة الثانية؛ لأنه دخل على أن لا شيء له، ورضي به، وقاله ابن عقيل في موضع آخر من المساقاة.

وقال في المغني في موضع آخر: إنه إبضاع صحيح، فراعى الحكم دون اللفظ، وعلى هذا يكون في الصورة الأولى قرضاً، ذكره في القاعدة الثامنة والثلاثين» ا.هـ. انظر (المغني: ٧ / ١٤١).

وتقدم قريباً قول شيخ الإسلام: إنه يجب في الفاسد من المسمى نصيب المثل، فيجب من الربح جزء جرت العادة بمثله، وإن خسر؛ فلا شيء له.

(٢) لأن العبد لا يملك، وماله لسيده.

(٣) أو قريبه، كأبيه وأخيه. (كشاف القناع: ٣ / ٥١١).

(٤) في كشاف القناع (٣ / ٥١١): «صح الشرط، وكانا عاملين بمنزلة ما لو قال: اعملا في هذا المال ولكل منكما كذا».

. . . .

فَإِنْ قَالَ: وَالرِّبْحُ بَيْنَنَا؛ فَنِصْفَانِ، وَإِنْ قَالَ: وَلِي أَوْ لَكَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ، أَوْ ثُلُثُهُ؛ صَحَّ، وَالبَاقِي لِلآخَرِ،

وإلا لم تصح المضاربة[١]. (**فإن قال**) رب المال للعامل: اتجر به (**والربح بيننا؛ فنصفان**)؛ لأنه أضافه إليهما إضافة واحدة، ولا مرجح، فاقتضى التسوية، (**وإن قال: اتجر به ولي ثلاثة أرباعه أو ثلثه**)[٢]، (أو) قال: اتجر به ولك ثلاثة أرباعه أو ثلثه ـ صح[٣] لأنه متى علم نصيب أحدهما أخذه، (**والباقي للآخر**)؛ لأن الربح مستحق لهما، فإذا قدر نصيب أحدهما منه؛ فالباقي للآخر بمفهوم اللفظ[٤].

---

(١) في كشاف القناع (٣/ ٥١١): «لأنه شرط فاسد يعود إلى الربح، ففسد به العقد، كما لو شرط دراهم معلومة».

(٢) وفي المغني (٧/ ٤٢): «وإن قال: ولي ثلث الربح، ولم يذكر نصيب العامل؛ ففيه وجهان: أحدهما: لا يصح؛ لأن العامل إنما يستحق بالشرط، ولم يشترط له شيء فتكون المضاربة فاسدة.

والثاني: يصح، ويكون الباقي للعامل، وهو قول أبي ثور، وأصحاب الرأي؛ لأن الربح لا يستحقه غيرهما، فإذا قدر نصيب أحدهما منه؛ فالباقي للآخر».

(٣) والباقي لرب المال؛ لأنه يستحق الربح بماله، لكونه نماءه وفرعه، والعامل يأخذ بالشرط، فما شرط له استحقه، وما بقي؛ فلرب المال بحكم الأصل. (المصدر السابق).

(٤) كما علم أن ثلثي الميراث للأب من قوله ـ تعالى ـ: ﴿**وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ**﴾. (المصدر السابق).

. . . .

وإنِ اختلفا: لِمنِ المشْروطُ؟ فلِعَامِلٍ، وكذا مُساقَاةٌ ومُزارَعَةٌ،

(**وإن اختلفا: لمن**) الجزء (**المشروط ؟فـ**) هو (**لعامل**)(١) قليلاً كان أو كثيراً؛ لأنه يستحقه بالعمل وهو يقل ويكثر(٢)، وإنما يتقدر حصته بالشرط، بخلاف رب المال؛ فإنه يستحقه بماله، ويحلف مدعيه(٣)، وإن اختلفا في قدر الجزء بعد الربح؛ فقول مالك بيمينه(٤)، وكذا (**مساقاة ومزارعة**) إذا اختلفا في الجزء المشروط أو قدره، لما تقدم(٥).

(١) إذا وقع خلاف بين العامل ورب المال في الجزء المشروط من الربح؛ فالمذهب - وهو قول الحنفية -: أن القول قول رب المال مع يمينه؛ لأن رب المال متمسك بالأصل، وهو عدم الجزء الزائد في الربح.
وعند المالكية - ورواية عن الإمام أحمد -: أن القول قول العامل إذا ادعى أجرة المثل مع يمينه، وإلا رد إلى قراض مثله؛ لأن العامل مؤتمن، والظاهر صدقه.
وعند الشافعية: أنهما يتحالفان؛ قياساً على المتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن.
(المبسوط: ٢٢/ ٩١، والمدونة ٤/ ٤٩، والذخيرة: ٦/ ٤٣، والحاوي للماورد: ٩/ ١٥٢، والمهذب: ١/ ٣٨٩، ومطالب أولي النهى: ٣/ ٥٤١).
(٢) فقد يشترط له جزء يسير، لسهولة العمل، وقد يشرط له جزء كثير لصعوبته، وقد يختلف باختلاف العاملين في الحذق وعدمه.
(٣) في كشاف القناع (٣/ ٥١٠): «لأنه يحتمل خلاف ما قاله، فيجب لنفي الاحتمال».
(٤) بأن قال العامل: شرطت لي النصف، وقال المالك: الثلث؛ قُدِّم قوله؛ لأنه منكر للزيادة، فإن أقام كل منهما بينة، قدمت بينة العامل. (المصدر السابق).
(٥) في المضاربة قياساً عليها؛ لأن العامل في كل منها إنما يستحق بالعمل. (المصدر السابق).

وَلاَ يُضَارِبُ

ومضاربة كشركة عنان فيما تقدم(١)، وإن فسدت؛ فالربح لرب المال، وللعامل أجرة مثله(٢)، وتصح مؤقتة(٣) ومعلقة(٤)، **(ولا يضارب)**

---

(١) في كشاف القناع (٣/٥١١): «وحكم المضاربة حكم الشركة فيما للعامل أن يفعله من البيع والشراء، أو القبض والإقباض وغيرها،أو لا يفعله كالقرض، وكتابة الرقيق، وتزويجه، ونحوه، وفي ما يلزمه فعله؛ كنشر الثوب وطيه، وختم الكيس، والإحراز، ونحوه، وفي الشروط صحيحة كانت، أو فاسدة؛ لأن كل ما جاز في إحداهما؛ جاز في الأخرى؛ لاشتراكهما في التصرف بالإذن، وكذا المنع».

(٢) وهذا هو المذهب؛ لأنه نماء ماله، وإنما يستحق العامل بالشرط، فإذا فسدت المضاربة؛ فسد الشرط فلم يستحق به شيئاً، ولكن له أجرة مثله.
وعن الإمام أحمد: أن له الأقل من أجرة المثل، أو ما شرط له من الربح.
واختار الشريف أبو جعفر: أن الربح بينهما على ما شرطاه في شركة العنان. (الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٤/٦٥).
وعند شيخ الإسلام ـ كما في الاختيارات(ص ١٤٧)ـ:«في الربح الحاصل من مال لم يأذن مالكه في التجارة به: أن الأصح أنه يكون بينهما على قدر النفعين بمعرفة أهل الخبرة، وبه حكم عمر؛ إلا أن يتجر على غير وجه العدوان، مثل أن يعتقد أنه مال نفسه فتبين مال غيره، فهنا يقتسمان الربح بلا ريب».

(٣) في كشاف القناع (٣/٥١٢): «بأن يقول رب المال: ضاربتك على هذه الدراهم سنة، فإذا مضت السنة؛ فلا تبع ولا تشتر؛ لأنه تصرف بتوقت بنوع من المتاع فجاز توقيته بالزمان؛ كالوكالة».

(٤) كإذا جاء رأس الشهر، فضارب بهذا المال على كذا، أو إذا قبضت =

بِمَالٍ لآخَرَ إِنْ أَضَرَّ الأَوَّلُ، ولَمْ يرْضَ، فَإِنْ فَعلَ رَدَّ حِصَّتَهُ فِي الشَّرِكَةِ

العامل (بمال لآخر إن أَضر الأول ولم يرض)[١] لأنها تنعقد على الحظ والنماء، فلم يجز له أن يفعل ما يمنعه، وإن لم يكن فيها ضرر على الأول، أو إذن؛ جاز[٢]، (فإن فعل) بأن ضارب الآخر مع ضرر الأول بغير إذنه (رد حصته) من ربح الثانية(في الشركة)[٣] الأولى؛ لأنه استحق

= مالي من زيد فهو معك مضاربة؛ لأنه إذن في التصرف، فجاز تعليقه على شرط مستقبل.

(١) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ١٦٠): «فإن كان فيه ضرر على الأول ولم يأذن، مثل أن يكون المال كثيراً يستوعب زمانه فيشغله عن التجارة في الأول، أو يكون المال كثيراً متى اشتغل عنه بغيره انقطع عن بعض تصرفاته لم يجز - وهذا هو المذهب، لما علل به المؤلف -.

وقال أكثر الفقهاء: يجوز؛ لأنه عقد لا يملك به منافعه كلها فلم يمنع المضاربة، كما لو لم يكن فيه ضرر، وكالأجير المشترك» ا.هـ.

(٢) قال ابن قدامة في المغني (٧/ ١٦٠): «بغير خلاف علمناه».

(٣) وهذا هو المذهب؛ لما علل به المؤلف.

وقال ابن قدامة كما في المغني (٧/ ١٦٠): «والنظر يقتضي ألا يستحق رب المضاربة الأولى من ربح الثانية شيئاً؛ لأنه إنما يستحق بمال، أو عمل، ولم يوجد واحد منهما ..».

وفي الإنصاف مع الشرح الكبير (١٤/ ٩٨): «قال ابن رزين في شرحه: والقياس أن رب الأولى ليس له شيء من ربح الثانية؛ لأنه لا عمل له فيها، ولا مال، واختاره الشيخ تقي الدين، قال في الفائق: وهو المختار».

. . . .

ذلك بالمنفعة التي استحقت بالعقد الأول، ولا نفقة لعامل إلا بشرط[١].

(١) وهذا هو المذهب؛ لأن نفقة المضارب تختص به فكانت عليه كنفقة زوجته، ولأن المضارب دخل على أن له جزءاً مسمى فلم يستحق غيره.
وله النفقة بالشرط: لحديث أبي هريرة مرفوعاً: «المسلمون على شروطهم»، وعند شيخ الإسلام: له النفقة بالشرط أو العادة؛ لأن الشرط العرفي كالشرط اللفظي.
وعند الحنفية، والمالكية: أن المضارب يستحق النفقة في السفر دون الحضر؛ لأن النفقة إنما تجب مقابل الاحتباس كنفقة القاضي والمرأة، والمضارب ليس محبوساً بالمضاربة في الحضر بخلاف السفر.
ولأن الربح يحتمل الوجود والعدم، والعاقل لا يسافر بمال غيره لفائدة تحتمل الوجود والعدم، مع تعجيل النفقة من ماله، فلو لم تجعل له النفقة؛ لامتنع الناس من قبول المضاربات، مع مسيس الحاجة إليها.
وعند الشافعية، وابن حزم: أن المضارب لا يستحق النفقة مطلقاً؛ لما استدل به الحنابلة من عدم استحقاق النفقة بلا شرط.
واستدل ابن حزم: بأن النفقة للمضارب: إن كانت بشرط؛ فهو شرط ليس في كتاب، وإن كانت بغير شرط؛ فأكل لأموال الناس بالباطل.
ونوقش: بعدم التسليم، بل هو شرط في كتاب كما تقدم في حديث أبي هريرة.
(المبسوط: ٢٢/٦٢، والهداية: ١٣٣/٢١١، والإشراف: ٢/٦٠، والفواكه الدواني: ٢/١٧٦، ومختصر المزني: ٨/٢٢١، وحلية العلماء: ٥/٣٣٩، والفروع: ٣/٤٨٤، وقواعد ابن رجب: ص ١٣٣، ومطالب أولي النهى: ٣/٥٢٨، ومجموع الفتاوى: ٣٠/٩٠، والاختيارات: ص ١٤٥). =

. . . .

وَلاَ يُقْسَمُ مَعَ بَقَاءِ العَقْدِ إِلا بِاتِّفَاقِهِمَا

(**ولا يقسم**) الربح (**مع بقاء العقد**) أي: المضاربة (**إلا باتفاقهما**)(١)؛ لأن الحق لا يخرج عنهما، والربح وقاية لرأس المال(٢).

= قال شيخ الإسلام كما في المجموع (٣٠/٩٠): «وحيث كانت له النفقة؛ فليس له النفقة إلا بالمعروف، وأما البسط الخارج عن المعروف؛ فيكون محسوباً عليه». وهو قول الجمهور من الحنفية، والمالكية، والحنابلة، لقوله ـ تعالى ـ: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ فكذلك نفقة المضارب في مال المضاربة. (المصادر السابقة).
والمذهب ـ وهو اختيار شيخ الإسلام ـ: أن الكسوة تدخل في النفقة، فيستحقها المضارب عند مطلق شرط النفقة؛ لدخول الكسوة في النفقة عند الإطلاق. وعند الإمام مالك: أن الكسوة يستحقها المضارب مع بعد السفر، دون قربه؛ لأن الكسوة يحتاج إليها بعد طول المدة، وهذا في السفر الطويل. (المصادر السابقة مع المنتقى شرح الموطأ: ٥/١٧٢).
وعند الحنفية والمالكية: لا يدخل علاج المضارب في النفقة؛ لأنه غير معتاد فلا يدخل في النفقة.
وعن أبي حنيفة: يدخل في النفقة؛ لأن المضارب لا يتمكن من الاستمرار في المضاربة إلا بالعلاج، فيصير كالأكل والشرب. (بدائع الصنائع: ٦/١٠٦، والمنتقى: ٥/٧٢).

(١) وصرح في الإقناع والمنتهى بالتحريم. (كشاف القناع: ٣٤/٥١٩).
(٢) في كشاف القناع (٣/٥١٩): «لأنه مع امتناع رب المال وقاية لرأس ماله؛ لأنه لا يأمن الخسران، فيجبره بالربح، ومع امتناع العامل؛ لا يأمن أن يلزمه رد ما أخذ في وقت لا يقدر عليه، فلا يجبر واحد منهما».

وَإِنْ تَلِفَ رَأْسُ المَالِ أَوْ بَعْضُهُ بَعْدَ التَّصَرُّفِ، أَوْ خَسِرَ؛ جُبِرَ مِنَ الرِّبْحِ قَبْلَ قِسْمَتِهِ

(**وإن تلف رأس المال أو**) تلف (**بعضه**) قبل التصرف؛ انفسخت فيه المضاربة(١) كالتالف قبل القبض، وإن تلف (**بعد التصرف**)؛ جبر من الربح(٢)؛ لأنه دار في التجارة وشرع فيما قصد بالعقد من التصرفات المؤدية إلى الربح(٣)، (**أو خسر**) في إحدى سلعتين أو سفرتين (**جبر**) ذكر (**من الربح**) أي: وجب جبر الخسران من الربح، ولم يستحق العامل شيئاً إلا بعد كمال رأس المال؛ لأنهما مضاربة واحدة(٤) (**قبل قسمته**)

---

(١) وفي الإنصاف مع الشرح (١٤/ ١١٨): «وإن تلف بعض رأس المال قبل التصرف فيه؛ انفسخت فيه المضاربة بلا نزاع أعلمه، وكان رأس المال الباقي خاصة».

(٢) جبرت الوضيعة من ربح باقيه قبل القسمة.

(٣) ولا شيء للعامل إلا بعد كمال رأس المال.

(٤) في الشرح الكبير مع الإنصاف (١٤/ ١٢١): «ومهما بقي العقد على رأس المال؛ وجب جبرانه من الربح، وإن اقتسما الربح، قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل عن المضارب يربح ويضع مراراً؟ فقال: يرد الوضيعة على الربح، إلا أن يقبض المال صاحبه ثم يرده إليه فيقول: اعمل به ثانية، فما ربح بعد ذلك؛ لا يجبر به وضيعة الأول، فهذا ليس في نفسي منه شيء، وأما ما لم يدفع إليه فحتى يحتسبا حساباً كالقبض، كما قال ابن سيرين» ا.هـ.
وقال ابن قدامة في المغني (٧/ ١٦٨): «ومتى كان في المال خسران وربح؛ جبرت الوضيعة من الربح سواء كان الخسران والربح في مرة =

أَوْ تَنْضِيضِهِ.

ناضاً[١] (أو تنضيضه) مع محاسبته، فاذا احتسبا وعلما مالهما ـ لم يجبر الخسران بعد ذلك مما قبله[٢] تنزيلاً للتنضيض مع المحاسبة منزلة المقاسمة[٣]، وإن انفسخ العقد والمال عرض أو دين فطلب رب

= واحدة، أو الخسران في صفقة، والربح في أخرى، أو أحدهما في سفرة والآخر في أخرى؛ لأن معنى الربح هو الفاضل عن رأس المال، وما لم يفضل فليس بربح لا نعلم فيه هذا خلافاً».

(١) في المصباح (٢ / ٦١٠): «وقال ابن القوطية: نض الشيء حصل، والناض من الماء: ماله مادة وبقاء، وأهل الحجاز يسمون الدراهم والدنانير نضاً وناضاً، قال أبو عبيد: إنما يسمونه ناضاً إذا تحول عيناً بعد أن كان متاعاً».

(٢) فهذا الحساب الذي هو كالقبض تكون المضاربة بعده ابتداء مضاربة ثانية، كما لو قبضها منه، ثم ردها إليه.

(٣) والمقاسمة لا يجبر الخسران بعدها مما قبلها.

والمذهب: أن المضارب يملك حصته من الربح بظهور الربح، كما يملك المساقي نصيبه من الربح بظهور الثمرة، ولأن المضارب يملك المطالبة بالقسمة، فكان مالكاً كأحد شريكي العنان.

وعند الجمهور: أن المضارب لا يملك نصيبه إلا بالقسمة؛ لأن الربح زيادة، والزيادة لا تكون إلا بعد سلامة الأصل.

ونوقش: بأن ملك المضارب للربح بالظهور لا يمنع من جبران الأصل بالربح.

(بدائع الصنائع: ٦ /١٠٧، والإشراف: ٢ / ٦٠، والمهذب: ١ / ٣٩٤، وحلية العلماء: ٥ / ٣٤١، والمبدع: ٥ / ٣١، والإنصاف: ٥ /٤٤٥).

. . . .

المال تنضيضه؛ لزم العامل[1]. وتبطل بموت أحدهما[2]، فإن مات

(١) في كشاف القناع (٣/ ٥٢١): «وإن انفسخ القراض والمال عرض، فرضي رب المال أن يأخذ بماله من العرض؛ فله ذلك، فيقوم العرض عليه، ويدفع حصة العامل ... إن لم يكن حيلة على قطع ربح عامل كشرائه خزًّا في الصيف ليربح في الشتاء، ونحوه، فيبقى حقه في ربحه... وإن لم يرض رب المال بأخذه - أي: المال - من ذلك العرض، وطلب البيع، أو طلبه - أي البيع - ابتداء، من غير فسخ المضاربة؛ فله ذلك، ويلزم المضارب بيعه، ولو لم يكن في المال ربح؛ لأن عليه رد المال ناضاً كما أخذه».

وفي الشرح الكبير مع الإنصاف (١٤/ ١٣٠): «والوجه الثاني: لا يجبر إذا لم يكن في المال ربح، أو أسقط العامل حقه من الربح؛ لأنه بالفسخ زال تصرفه، وصار أجنبيًّا من المال فأشبه الوكيل إذا اشترى ما يستحق رده فزالت وكالته قبل رده .... وإن كان دَيْناً؛ لزم العامل تقاضيه، سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر، وبه قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة: لا يلزمه إلا أن يظهر ربح؛ لأنه لا غرض له في العمل، فهو كالوكيل.

ولنا أن المضاربة تقضي رد المال على صفته، والديون لا تجري مجرى الناض، فلزمه أن ينضه كما لو ظهر ربح، وكما لو كان رأس المال عرضاً، ويفارق الوكيل؛ فإنه لا يلزمه رد المال كما قبضه».

(٢) وهذا هو المذهب، وهو قول الجمهور؛ كالوكالة.

وعند المالكية: أن المضاربة لا تنفسخ بالموت، فإذا مات المقارض وكان له بنون؛ كانوا في القراض مثل أبيهم؛ للضرر بفسخ المضاربة.

(بدائع الصنائع: ٦/ ١٠٧، والشرح الصغير: ٣/ ٦٩٢، وتكملة المجموع:=

. . . .

. . . .

عامل أو مودع أو وصيٌّ ونحوه(١)، وجهل بقاء ما بيدهم؛ فهو دين في التركة(٢)؛ لأن الإخفاء وعدم التعيين كالغصب. ويقبل قول العامل

= ١٤/ ١٩٨، والمغني: ٧/ ١٧٥).
وعند جمهور أهل العلم: المضاربة عقد جائز.
وعند المالكية: عقد لازم بعد الشروع. (المصادر السابقة).
وفي كشاف القناع (٣/ ٥٢٢): «وإذا مات أحد المتقارضين، أو جُنَّ جنوناً مطبقاً، أو توسوس بحيث لا يحسن التصرف، أو حُجِرَ عليه لسَفَه؛ انفسخ القراض؛ لأنه عقد جائز من الطرفين، فبطل بذلك كالوكالة».
وتقدم ذلك في مبطلات الوكالة، باب الوكالة.

(١) كوكيل، وأجير، وعامل وقف، وناظره، ونحوه.

(٢) في الإنصاف مع الشرح (١٤/ ١٣٤): «لصاحبها أسوة الغرماء، وهذا هو المذهب، وسواء مات فجأة أو لا ... عملاً بالأصل، ولأنه لما أخفاه ولم يعينه، فكأنه غاصب، فيتعلق بذمته.
وعن الإمام أحمد: لا يكون دَيْناً في تركته إلا إذا مات غيره فجأة.
وقيل: كالوديعة ....
قوله: وكذلك الوديعة يعني أنها تكون دَيْناً في تركته إذا مات ولم يعينها وهو المذهب ....
وقيل: لا تكون ديناً في تركته، ولا يلزمه شيء.
وقال في الترغيب: هي في تركته إلا أن يموت فجأة. زاد في التلخيص: أو يوصي إلى عدل، ويذكر جنسها كقوله: قميص، فلم يوجد.
فوائد: لو مات وصي، وجهل بقاء مال موليه، قال في الفروع: «**فيتوجه أنه** كـ «مال» المضاربة والوديعة، قال الشيخ تقي الدين: **هو في تركته**» ا.هـ.

. . . .

. . . .

فيما يدعيه من هلاك، وخسران، وما يذكر أنه اشتراه لنفسه أو للمضاربة؛ لأنه أمين[١]. . . . .

(١) قال ابن المنذر في الإجماع (ص ١٢٤): «وأجمعوا على أن الرجل إذا دفع إلى الرجل مالاً مضاربة، ثم اختلفا، وقد جاء العامل بألفي درهم، فقال رب المال: كان رأس مالي ألفي درهم، وقال العامل: كان رأس المال ألف درهم والربح ألف درهم؛ أن القول قول العامل مع يمينه، وذلك إذا لم يكن لرب المال بينة».

وفي الشرح الكبير مع الإنصاف (١٤ / ١٣٩): «والعامل أمين، والقول قوله فيما يدعيه من هلاك وخسران؛ لأنه متصرف في مال غيره بإذنه لا يختص بنفعه، أشبه الوكيل، بخلاف المستعير فإنه قبضه لمنفعته خاصة.

والقول قوله فيما يدعيه من تلف المال، أو بعضه، أو خسارة فيه، ولا ضمان عليه في ذلك، كالوكيل.

والقول قوله في نفي ما يُدعى عليه من خيانة أو تفريط، وفيما يدعى أنه اشتراه لنفسه أو للقراض؛ لأن الاختلاف هنا في نيته، وهو أعلم بها . . . .

ولو اشترى عبداً، فقال رب المال: كنت نهيتك عن شرائه، فأنكر العامل؛ فالقول قوله؛ لأن الأصل عدم النهي، ولا نعلم في هذا كله خلافاً» ا.هـ.

وباتفاق الأئمة: أن القول قول العامل فيما يدعيه من هلاك وخسران؛ لأنه أمين، والأصل عدم الخيانة.

(المبسوط: ٢٢ / ٩٤، والذخيرة: ٦ / ٥٣، والحاوي: ٩ / ١٢٣، والهداية لأبي الخطاب: ١ / ١٧٦، وكشاف القناع: ٣ / ٤٨٥). =

. . . .

. . . .

. والقول قول رب المال في عدم رده إليه(١).

* * *

= وفي الإنصاف مع الشرح (١٤ / ١٤٤): «ولو أقام كل واحد منهما بينة بما قاله؛ قدمت بينة العامل، على الصحيح من المذهب؛ لأنه خارج ....
وقيل: تقدم بينة رب المال، ونقل منها في من قال: دفعته مضاربة، قال: بل قرضاً، ولهما بينتان، قال: الربح بينهما نصفان ....
قوله: وإن قال العامل: ربحت ألفاً ثم خسرتها، أو هلكت؛ قُبِلَ قوله بلا نزاع، وإن قال: غلطت؛ لم يقبل قوله، وكذا لو قال: نسيت، أو كذبت، وهو المذهب ...
وعنه - أي الإمام أحمد - يقبل قوله .... قال أبو بكر: وعليه العمل» ا.هـ.

(١) وهذا هو المذهب؛ لأنه قبض المال لنفع نفسه، فلم يقبل قوله في الرد، كالمستعير، ولأن رب المال منكر، والقول قول المنكر.
وعن الإمام أحمد: أن القول قول العامل؛ لأنه أمين، ولأن معظم النفع لرب المال، فالعامل كالمودع.
(الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٤ / ١٤٠، وقواعد ابن رجب، القاعدة: ٤٤).

* * *

. . . .

فصلٌ

الثَّالِثُ: شَرِكَةُ الوُجُوهِ:

فصل(١)

(الثالثُ: شركة الوجوه)(٢) سميت بذلك؛ لأنهما يعاملان فيها بوجههما أي: جاههما، والجاه والوجه واحد(٣). وهي أن يشتركا على

---

(١) في أحكام شركة الوجوه، والأبدان، والمفاوضة.

(٢) النوع الثالث من أنواع شركة العقود: شركة الوجوه.
وهي جائزة عند الحنفية، والحنابلة؛ لأنها وكالة كل من الشركاء للآخر في البيع والشراء، كما أنها تتضمن الكفالة بالثمن، وكل من الأمرين جائز.
وعند المالكية، والشافعية: عدم جوازها؛ لأن الشركة لابد أن تقوم على أحد أمرين: المال أو العمل، وكلاهما معدومان في شركة الوجوه - وهذا التعليل بناء على تعريفهم لشركة الوجوه، وسيأتي -.
ونوقش: بعدم التسليم، بل تقوم على البيع والشراء، وهذا هو العمل، وعلى هذا: فالأقرب قول الحنفية والحنابلة.
(المبسوط: ١١ / ١٥٥، وبداية المجتهد: ٢ / ٢٥٥، ومنهاج الطالبين: ٥٥، وشرح المنتهى: ٢ / ٣٣٩).

(٣) يقال: وجه فلان وجاهة؛ صار ذا قدر ورتبة، وأوجهه السلطان أي: شرفه.
(لسان العرب: ١٣ / ٥٠٢، والمعجم الوسيط: ٢ / ٦٢٨).

أَنْ يَشْتَرِيَا فِي ذِمَّتَيْهِمَا بِجَاهَيْهِمَا ؛ فَمَا رَبِحَا فَبَيْنَهُمَا ،

(**أن يشتريا في ذمتيهما**) من غير أن يكون لهما مال (**بجاههما**)[١][٢]، فما ربحاه (**فـ**) هو (**بينهما**) على ما شرطاه[٣]، سواء عيَّن أحدهما لصاحبه ما يشتريه، أو جنسه، أو وقته، أو لا[٤]، فلو قال: ما اشتريت

(١) أي: بثقة التجار لهما.

(٢) وعرفها الحنفية، كما في فتح القدير (٥ / ٣٠): هي أن يشترك رجلان ولا مال لهما، على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا؛ وسميت بذلك؛ لأنه لا يشتري بالنسيئة إلا من كان له وجاهة عند الناس.
وعرَّفها المالكية: هي أن يشتركا على غير مال ولا عمل، وهي الشركة على الذمم بحيث إذا اشتريا شيئاً؛ كان في ذمتهما، وإذا باعاه؛ اقتسما ربحه. (القوانين: ص ٣١١).
وقيل: أن يتفق وجيه وخامل على أن يشتري الوجيه في الذمة، ويبيع الخامل، ويكون الربح بينهما. (مواهب الجليل: ٥ / ١٤١).
وعرفها الشافعية: أن يشترك وجيهان ويبتاعا في الذمة إلى أجل، على أن ما يبتاعه كل واحد منهما يكون بينهما يبيعانه ويؤديان الأثمان فما فضل فهو بينهما.

(٣) من تساو وتفاضل؛ لحديث أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ مرفوعاً: «المسلمون على شروطهم». رواه البخاري معلقاً بصيغة الجزم.

(٤) في كشاف القناع (٣ / ٥٢٦): «لأن ذلك – أي التعيين – يعتبر في الوكالة المفردة، أما الوكالة الداخلة ضمن الشركة فلا يعتبر فيها ذلك؛ بدليل المضاربة، وشركة العنان فإن في ضِمْنِهما توكيلاً، ولا يعتبر فيهما شيء من هذا».

وَكُلٌّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَكِيلُ صَاحِبِهِ وَكَفِيلٌ عَنْهُ بِالثَّمَنِ، وَالْمُلْكُ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا شَرَطَاهُ، وَالْوَضِيعَةُ عَلَى قَدْرِ مِلْكَيْهِمَا، وَالرِّبْحُ عَلَى مَا شَرَطَاهُ.

من شيء فبيننا؛ صح. (**وكل واحد منهما وكيل صاحبه**[١] **وكفيل عنه بالثمن**)[٢] لأن مبناها على الوكالة والكفالة (**والملك بينهما على ما شرطاه**) لقوله ﷺ: «**المؤمنون عند شروطهم**»[٣]، (**والوضيعة على قدر ملكيهما**)[٤] كشركة العنان؛ لأنها في معناها (**والربح على ما شرطاه**) كالعنان، وهما في تصرف كشريكي عنان[٥].

---

(١) أي: في شراء نصف المتاع بنصف الثمن، وكذا بيعه.

(٢) فليزمه قضاء نصيبه.

(٣) تقدم تخريجه: من حديث أبي هريرة، وعمرو بن عوف المزني رضي الله عنهما، (ينظر باب الخيار ٦ / ١٣٠)، ولعموم قوله ـ تعالى ـ: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾.

(٤) في كشاف القناع (٣ / ٥٢٦): «أي: فيما يشتريانه فعلى من يملك فيه الثلثين ثلثا الوضيعة، وعلى من يملك فيه الثلث ثلثها، سواء كانت لتلف أو لبيع بنقصان، وسواء كان الربح بينهما كذلك أو لم يكن؛ لأن الوضيعة عبارة عن نقصان رأس المال وهو مختص بملاكه، فوزّع بينهما على قدر الحصص».

(٥) في كشاف القناع (٣ / ٥٢٧): «وهما ـ أي شريكا الوجوه ـ في التصرف بنحو بيع وإقرار وخصومة؛ كشريكي العنان فيما يجب لهما وعليهما، وفيما يمتنع وسائر ما تقدم».

الرَّابِعُ: شَرِكَةُ الأَبْدَانِ: أَنْ يَشْتَرِكَا فِيمَا يَكْتَسِبَانِ بِأَبْدَانِهِمَا

(**الرابع: شركة الأبدان**) وهي (**أن يشتركا فيما يكتسبان بأبدانهما**) أي: يشتركان في كسبهما من صنائعهما[1] فما رزق الله - تعالى - فهو

---

(١) وعرفها الحنفية كما في فتح القدير لابن الهمام (٥/٢٨): «أن يشتركا على أن يتقبلا الأعمال، ويكون الكسب بينهما كالخياطين والصباغين».

وعند المالكية كما في حاشية الدسوقي (٣/٣٦١): «أن يشترك صانعان فأكثر على أن يعملا معا، ويقتسما أجرة عملهما بنسبة العمل».

وعند الشافعية في مغني المحتاج (٢/٢١٢): «الاشتراك بين محترفين على أن كسبهما بينهما - متساويا أو متفاوتاً - مع اتفاق الصنعة أو اختلافها».

وشركة الأبدان تنقسم إلى قسمين:

الأول: أن يشتركا فيما يتقبلان بأبدانهما في ذممهما من العمل؛ كالحدادة والخياطة، ونحوها.

فجمهور أهل العلم على جواز ذلك، لكن عند المالكية بشروط تأتي.

ودليل ذلك: ما استدل به المؤلف، ولأن شركة الأبدان تتضمن الوكالة، وتوكيل كل من الشريكين للآخر بتقبل العمل صحيح.

وعند الشافعية والظاهرية: غير جائزة لما يأتي.

القسم الثاني: أن يشتركا فيما يكتسبانه بأبدانهما من مباح؛ كالاحتطاب والاحتشاش ونحوهما.

فعند المالكية والحنابلة: جواز ذلك؛ لما تقدم من الدليل في القسم الأول. =

. . . .

. . . .

= وعند الحنيفة والشافعية والظاهرية: عدم جواز ذلك.

استدل ابن حزم على عدم جواز شركة الأبدان: بقوله ـ تعالى ـ: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾، وقوله ـ تعالى ـ: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ﴾ فالإنسان يختص بكسبه له غنمه، وعليه غرمه، مع قوله ـ تعالى ـ: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾.

ونوقش: بأن هذه الآيات واردة في الثواب والإثم.

وأما قوله ـ تعالى ـ: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾ فشركة الأبدان ليس فيها أكل للمال بالباطل بل بالحق؛ لقوله ـ تعالى ـ في الآية: ﴿إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾.

واستدل ـ أيضاً ـ بحديث عائشة ـ رضي الله عنها ـ مرفوعاً: «كل شرط ليس في كتاب الله؛ فهو باطل» متفق عليه.

ونوقش: بأن شركة الأبدان في كتاب، إذ الأصل في العقود، والشرط في العقود الحل.

واستدل الشافعية: بأن الشركة تنبئ عن الاختلاط، وهو شرط معتبر.

ونوقش: بأنه مبني على اشتراط خلط المالين لصحة الشركة، وتقدم عدم اعتباره عند قول المؤلف: «ولا يشترط خلط المالين..» وعلى ذلك فالأقرب الجمهور.

(تبيين الحقائق: ٣/٣٢٠، وجواهر الأكليل: ٢/١٢٠، والإقناع للشربيني: ٢/٤١، والمغني: ٧/١٢١، والمحلى ٨/٥٤٢، ومجموع الفتاوى: ٣/٧٣).

. . . .

فَمَا تَقَبَّلَهُ أَحَدُهُمَا مِنْ عَمَلٍ يَلْزَمُهُمَا فِعْلُهُ،

بينهما[١]، (**فما تقبله أحدهما من عمل يلزمهما فعله**) ويطالبان به[٢]؛ لأن شركة الأبدان لا تنعقد إلا على ذلك[٣]، وتصح مع اختلاف الصنائع كقصار مع خياط[٤]، ولكل واحد منهما طلب الأجرة[٥] وللمستأجر / ٣٤

---

(١) أي: على ما اتفقا عليه من مساواة أو تفاضل؛ لأن العمل يستحق به الربح، وقد يتفاضلان في العمل فجاز تفاضلاهما في الربح الحاصل به.

(٢) أي: ويطالب كل واحد منهما بما تقبل من أعمال الشركة.

(٣) في كشاف القناع (٣ / ٥٢٧): «لأن مبنى هذه الشركة على الضمان، فكأنها تضمنت ضمان كل واحد منهما على الآخر ما يلزمه».

(٤) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفية.

وعند المالكية: يشترط لجواز شركة الأبدان ما يلي:

(أ) أن يتحد عمل كل من الشريكين؛ كخياطين أو حدادين، أو يتلازم عملهما، وذلك بأن يكون عمل أحدهما متوقفاً على عمل الآخر، كأن ينسج أحدهما، ويصبغ الآخر.

(ب) أن يكون لكل من الشركاء من الربح بقدر عمله، وإذا شرط التساوي في الربح مع تقارب العمل؛ فشرط صحيح.

(جـ) أن يشتركا في الآلات التي يعملان بها، إما بملك، أو إجارة.

(المصادر السابقة).

(٥) أي: أجرة عمل تقبله هو أو صاحبه.

وَتَصِحُّ فِي الاحْتِشَاشِ وَالاحْتِطَابِ وَسَائِرِ المُبَاحَاتِ،

دفعها إلى أحدهما[١]، ومن تلفت بيده بغير تفريط لم يضمن[٢].

(وتصح) شركة الأبدان **(في الاحتشاش والاحتطاب وسائر المباحات)** كالثمار المأخوذة من الجبال، والمعادن[٣]، والتلصص على دار الحرب[٤]؛ لما روى أبو داود بإسناده، عن عبدالله، قال: «**اشتركت أنا، وسعد، وعمار يوم بدر، فلم أجئْ أنا وعمار، بشيءٍ وجاء سعد بأسيرين**»[٥].

---

(١) في كشاف القناع (٣/٥٢٧): «ويبرأ منها - أي الأجرة - بالدفع لأحدهما؛ لأن كل واحد منهما كالوكيل عن الآخر».

(٢) في كشاف القناع (٣/٢٥٧): «فهي من ضمانهما تضيع عليهما؛ لأن كل واحد منهما وكيل الآخر في المطالبة والقبض، وما يتلف من الأعيان، أو الأجرة بتعدي أحدهما، أو تفريطه على وجه يوجب الضمان عليه؛ كمنع أو جحود؛ فهو عليه وحده؛ لانفراده بما يوجب الضمان».

(٣) وكاصطياد، وأخذ العسل؛ والغنيمة.

(٤) كسلب من يقتلانه بدار الحرب.

وهذا القسم الثاني من أقسام شركة الأبدان، وقد تقدم - قريباً - جوازها عند المالكية والحنابلة، وعدم جوازها عند الحنفية والشافعية والظاهرية.

(٥) أخرجه أبو داود: (٣/٦٨١) - البيوع - باب في الشركة على غير رأس المال - (ح ٣٣٨٨)، والنسائي: (٧/٥٧) - الأيمان والنذور - باب شركة الأبدان - (ح ٣٩٣٨)، (٧/٣١٩) - البيوع - باب الشركة والمضاربة - (ح ٢٢٨٨)، والطبراني في الكبير: (١/١٣٨) =

. . . .

وَإِنْ مَرِضَ أَحَدُهُمَا فَالْكَسْبُ بَيْنَهُمَا ،وَإِنْ طَالَبَهُ الصَّحِيحُ أَنْ يُقِيمَ مَقَامَهُ لَزِمَهُ.

قال أحمد : أشرك بينهم النبي ﷺ[(١)].

(**وإن مرض أحدهما، فالكسب**) الذي عمله أحدهما (**بينهما**)[(٢)]، احتج الإمام بحديث سعد[(٣)]، وكذا لو ترك العمل لغير عذر[(٤)]، (**وإن طالبه الصحيح أن يقيم مقامه لزمه**) لأنهما دخلا على أن يعملا، فإذا تعذر عليه العمل بنفسه؛ لزمه أن يقيم مُقَامه[(٥)] توفية للعقد بما

= (ح ٢٩٧)، والدارقطني: (٣ / ٣٤) – البيوع – (ح ١٣٨)، البيهقي: (٦ / ٧٩) – الشركة – باب الشركة في الغنيمة – من طريق أبي إسحاق السبيعي، عن أبي عبيدة، عن عبدالله بن مسعود، وإسناده ضعيف؛ لانقطاعه حيث إن أبا عبيدة لم يسمع من أبيه عبدالله بن مسعود، قاله شعبه وأبو حاتم وغيرهما. انظر: «المراسيل» لابن أبي حاتم، (ص ١٩٦)، «جامع التحصيل»: (ص ٢٠٤).

(١) ولأن العمل أحد جهتي المضاربة، فصحت الشركة عليه كالمال.

(٢) في الشرح الكبير مع الإنصاف (١٤ / ١٦٤): «قال ابن عقيل: نصٌّ عليه أحمد في رواية إسحاق بن هانئ، ولأن العمل مضمون عليهما معاً، وبضمانهما له؛ وجبت الأجرة، فتكون لهما كما كان الضمان عليهما».

(٣) وهو قول عبدالله بن مسعود: «**أشتركت أنا وسعد وعمار ..**» الحديث.

(٤) وهذا هو الصحيح من المذهب. (المصدر السابق).

(٥) بضم الميم، ويجوز الفتح، بخلاف نحو: قام زيد مَقام عمرو فبالفتح لا غير. (ينظر المصباح ٢ / ٥٢٠).

. . . .

يقتضيه(١) وللآخر الفسخ(٢)، وإن اشتركا على أن يحملا على دابتيهما، والأجرة بينهما، صح(٣)، وأن أجراهما بأعيانهما[١]، فلكل أجرة دابته، ويصح دفع دابة(٤) ونحوها لمن يعمل عليها، وما رزقه الله تعالى بينهما على ما شرطاه(٥).

---

(١) من لزوم العمل مع شريكه.
(٢) أي: وإن امتنع المريض ونحوه من أن يقيم آخر مقامه؛ فللآخر فسخ الشركة، بل له فسخها وإن لم يمتنع، مع عدم الضرر؛ لعدم لزومها. (ينظر كشاف القناع ٣ / ٥٢٨).
(٣) لأنه نوع من الاكتساب، والدابتان آلتان، فأشبها الأداة. (المصدر السابق).
في الإنصاف مع الشرح الكبير (١٤ / ١٣٦): «لو دفع عبده أو دابته إلى من يعمل بهما بجزء من الأجرة، أو ثوباً يخيطه، أو غزلاً ينسجه بجزء من ربحه، أو بجزء منه؛ جاز، وهو المذهب.
وعنه – أي الإمام أحمد –: لا يجوز، وهو قول في الرعاية اختاره ابن عقيل، فله أجرة مثله، قال في الفروع وغيره: ومثل حصاد زرعه، وطحن قمحه، ورضاع رقيقه . .».
وفي المصدر السابق (١٤ / ١٦٦): «لا تصح شركة الدلالين فيما يحصل له. قاله في الترغيب وغيره . . . . لأنه لابد فيها من وكالة، وهي على هذا الوجه لا تصح، كآجر دابتك، والأجرة بينهما، وقال في الموجز: تصح، قال الشيخ تقي الدين: وقد نص أحمد على جوازها لو اشترك ثلاثة: لواحد دابة، ولآخر رواية، والثالث: يعمل؛ صح في قياس قول أحمد . .».
(٤) لأنه لم يجب ضمان الحمل في ذممها، وإنما استحق المكتري منفعة البهيمة.
(٥) لأن الدابة، ونحوها، عين تنمى بالعمل عليها، فصح العقد ببعض نمائها كالدراهم والدنانير، وكالشجر في المساقاة، والأرض في المزارعة.

---

[١] في بعض المطبوعات بلفظ: (بأعينهما).

الخَامِسُ: شَرِكَةُ المُفَاوَضَةِ: أَنْ يُفَوِّضَ كُلٌّ مِنْهُمَا إِلَى صَاحِبِهِ كُلَّ تَصَرُّفٍ مَالِيٍّ وَبَدَنِيٍّ مِنْ أَنْوَاعِ الشَّرِكَةِ،

(**الخامس: شركة المفاوضة**)[1] وهي (**أن يفوض كل منهما إلى صاحبه كل تصرف مالي وبدني من أنواع الشركة**)[2] بيعاً، وشراء، ومضاربة،

---

(١) مشتقة من التفويض، يقال: فوض الأمر إليه تفويضاً رده إليه، وجعله الحاكم فيه، ومنه قوله تعالى: ﴿وَأُفَوِّضُ أَمْرِي إِلَى اللَّهِ﴾.
وتسمية هذه الشركة مفاوضة؛ لأن كل واحد من الشريكين يفوض أمر التصرف في مال الشركة إلى الآخر.
وقيل: اشتقاقهما من الانتشار، يقال: قال: فاض الماء؛ إذا انتشر، واستفاض الخبر؛ إذا شاع، فلما كان هذا العقد مبنيًّا على الانتشار والظهور في جميع التصرفات؛ سمي مفاوضة.
وقيل: أصلها من المساواة لاستواء الشريكين فيها في التصرف والضمان.
(تاج العروس: ٥/ ٧١، والمعجم الوسيط: ٢/ ٧٠٦).

(٢) وعرفها الحنفية، كما في فتح القدير (٥/ ٥): «هي أن يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما، وتصرفهما، ودينهما؛ لأنها شركة عامة في جميع التجارات، يفوض كل واحد منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق».
وعرفها المالكية، كما في كفاية الطالب الرباني (٢/ ١٦٢): «أن يطلق كل واحد منهما التصرف لصاحبه في المال الذي اشتركا فيه في الغَيبة =

. . . .

. . . .

. . . .

= والحضور، والبيع والشراء، والكراء والاكتراء سواء كان الإطلاق في جميع الأنواع، أو نوع خاص».

وعرفها الشافعية كما في نهاية المحتاج (٤ /٣): «الاشتراك بين اثنين أو أكثر، يكون بينهما كسبهما، وعليهما ما يعرض من غرم سواء كان بغصب، أو إتلاف، أو بيع فاسد، وغير ذلك».

وعند الحنابلة: تنقسم إلى قسمين:

الأول: تفويض كل من المشتركين، اثنين فأكثر،إلى صاحبه كل تصرف بدني ومالي من أنواع الشركة، وهو الجمع بين عنان، ووجوه، ومضاربة، وأبدان،فتصح عند الحنابلة؛ لأن كل واحد يصح منفرداً فصح مع غيره؛ كحالة الانفراد.

وعند الحنفية: تصح شركة المفاوضة استحساناً ـ كما تقدم في تعريفها عندهم ـ بشروط تأتي، واستدلوا على ذلك:

١ـ ما روي مرفوعاً: «**إذا فاوضتم فأحسنوا المفاوضة**»؛ لكن في فتح القدير (٥/ ٧): لا يعرف في كتب الحديث.

٢ـ ولأن المفاوضة اشتملت على أمرين جائزين، وهما: الوكالة والكفالة؛ لأن كل واحدة منهما جائزة حال الانفراد فتجوز مجتمعة.

وعند المالكية: تجوز حسب ما تقدم في تعريفها عندهم، والمفاوضة عندهم لا تكون إلا فيما يعقدان عليه الشركة من أموالهما، دون ما ينفرد به كل واحد منهما من ماله.

وعند الشافعية: ـ حسب تعريفهم لها ـ: لا تجوز؛ لأن النبي ﷺ نهى=

. . . .

. . . .

. . . .

= عن الغرر، وهذا غرر.

ونوقش: بعدم التسليم كما في أدلة المجوزين.

ولأنها تتضمن الوكالة والكفالة بمجهول، وهذا لا يصح حال الانفراد، فلا يصح حال الاجتماع.

ونوقش: بأن الوكالة والكفالة في الشركة إنما تكون ضمناً، ولهذا جازت المضاربة باتفاق الأئمة، وهي مشتملة على الوكالة.

(فتح القدير ٥/٧، وبدائع الصنائع ٦/٥٨، ومواهب ٥/١١٨، وتكملة المجموع ١٣/١٥٧، والمغني ٧/١٣٧).

وعند الحنفية: يشترط لشركة المفاوضة ما يلي:

١- أن يكون كل من الشركاء أهلاً للكفالة.

٢- المساواة في رأس المال قدراً، باتفاق فقهاء الحنفية، وكذا المساواة قيمة، على المشهور من الروايات، ولا يشترط الاتفاق في الجنس.

٣- ألا يكون لأحد الشركاء مال خارج عن مال الشركة؛ كما يشترط المساواة في الربح.

٤- أن تكون الشركة في عموم التجارات، ولا يختص أحدهما بتجارة دون شريكه؛ لأن ذلك يبدل معنى المساواة في التصرف، وعند أبي يوسف: لا بأس بتفاوت التصرف في التجارة بين المسلم والذمي، فالذمي يبيع الخمر والخنزير، دون المسلم.

٥- أن تكون بلفظ المفاوضة، أو ما يقوم مقامها من عبارة تدل على المقصود. (بدائع الصنائع: ٦/٦٠-٦٢).

. . . .

وَالرِّبْحُ عَلَى مَا شَرَطَاهُ، وَالوَضِيعَةُ بِقَدْرِ المالِ فَإِنْ أَدْخَلاَ فِيْهَا كَسْبَاً، أَوْ غَرَامَةً نَادِرَيْنِ، أَوْ مَا يَلْزَمُ أَحَدَهُمَا مِنْ ضَمَانِ غَصْبٍ أَوْ نَحْوِهِ

وتوكيلاً ،وابتياعاً في الذمة، ومسافرة بالمال، وارتهاناً، وضمان ما يرى من الأعمال، أو يشتركا في كل ما يثبت لهما وعليهما، فتصح، (**والربح على ما شرطاه**[1]، **والوضيعة بقدر المال**)[2] لما سبق في العنان، (**فإن أدخلا فيها كسباً، أو غرامة، نادرين**) كوجدان لقطة، أو ركاز، أو ميراث، أو أرش جناية[4]، (**أو ما يلزم أحدهما من ضمان غصب**[5] **أو نحوه**[6]

---

(١) إن لم يدخلا فيها كسباً نادراً كما يأتي.

(٢) لحديث أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ مرفوعاً: «المسلمون على شروطهم». رواه البخاري معلقاً بصيغة الجزم. وعند الحنفية: يشترط التساوي في الربح.

(٣) سواء كان التلف أو النقصان في الثمن أو غير ذلك، وأما في المضاربة؛ فعلى رأس المال.

(٤) أو مهر وطء، أو هبة، أو وصية، أو غير ذلك من الأكساب النادرة.

(٥) وهذا النوع الثاني من نوعي شركة المفاوضة: أن يدخلا فيها الأكساب النادرة؛ كوجدان لقطة، أو وجدان ركاز، أو ما يحصل لهما من ميراث، أو ما يلزم أحدهما من ضمان غصب، أو أرش جناية، ونحو ذلك. (كشاف القناع: ٣ / ٥٣١).

(٦) كضمان عارية، وقيمة متلف، وكتفريط، وتَّعَدٍّ، وتعدد بيع فاسد.

. . . .

فَسَدَتْ.

فسدت)[١]، لكثرة الغرر فيها، ولأنها تضمنت كفالة، وغيرها، مما لا يقتضيه العقد.

* * *

---

(١) في كشاف القناع (٣ / ٥٣١): «ولكل منهما ـ أي الشريكين ـ ربح ماله، وله أجرة عمله، وكذا ما يستفيده له وحده، ويختص بضمان ما غصبه أو جناه، أو ضمنه عن الغير؛ لفساد الشركة، ولكل نفس ما كسبت وعليها ما اكتسبت».

* * *

بَابُ المُسَاقَاةِ

باب المساقاة[1]

من السقي؛ لأنه أهم أمرها بالحجاز[2]، وهي دفع شجر له ثمر مأكول - ولو غير مغروس - إلى آخر ليقوم بسقيه، وما يحتاج إليه، بجزءٍ معلوم من ثمره[3]، . . . .

---

(١) والمزارعة، والأصل فيهما السُّنَّة كما يأتي، وآثار الصحابة، والنظر الصحيح: فقد يملك الإنسان الشجر، لكن لا يملك العمل، وبالعكس، فاقتضى النظر الصحيح حلها، ويأتي كلام شيخ الإسلام في المزارعة.

(٢) مفاعلة من السقي؛ لأن العامل يسقي الشجر؛ لأنه أهم أمورهم؛ لأنهم يستقون من الآبار. (تحرير ألفاظ التنبيه: ص ٢١٦، والمطلع: ص ٢٦٢).
وأهل العراق يسمونها: المعاملة.

(٣) أو من الشجر والثمر، أو من الشجر.
ومن تعاريف الحنفية، كما في حاشية ابن عابدين (٩ / ٣٤٤): «دفع الشجر إلى من يصلحه بجزء من ثمره».
ومن تعاريف المالكية، كما في منح الجليل (٧ / ٣٨٤): «عقد على عمل مؤنة النبات بقدر لا من غير غلته،لا بلفظ بيع، أو إجارة، أوجعل».
وعند الشافعية كما في حاشية الشرقاوي (٢ / ٧): «العقد على نخل أو شجر عنب لمن يتعهدهما بجزء معلوم مما يخرج منهما».

. . . .

تَصِحُّ

(تصح)[١] المساقاة ....

---

(١) فالمذهب، هو قول جمهور أهل العلم، وبه قال أبو يوسف، ومحمد من الحنفية: أن المساقاة جائزة شرعاً؛ لما أورده المؤلف من حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - وعمل الصحابة - رضي الله عنهم -.

وبالقياس على المضاربة، من حيث الشركة في النماء فقط، دون الأصل.

وعند أبي حنيفة: أنها غير مشروعة؛ لحديث رافع بن خديج - رضي الله عنه - وفيه: «من كان له أرض فَلْيَزْرَعْها، أو لِيزْرِعْها أخاه، ولا يكارها بثلث، ولا ربع، ولا بطعام مسمًّى» رواه مسلم.

وهذا الحديث، وإن كان وارداً في المزارعة، غير أن معنى النهي، وهو الكراء بجزء من الخارج من الأرض، وارد في المساقاة أيضاً. (بدائع الصنائع: ٦ / ١٧٥-١٨٥).

ولحديث أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ: **«نهى عن بيع الغرر»** رواه مسلم. وغرر المساقاة متردد بين ظهور الثمرة وعدمها، وبين قلتها وكثرتها، فكان الغرر أعظم، فاقتضى أن يكون القول بإبطالها أحق. (الحاوي: ٩ / ١٦٣).

والراجح قول جمهور أهل العلم؛ وحمل حديث رافع، ونحوه على الكراهة كما في نيل الأوطار ٥ / ٢٧٧، أو أن ذلك كان في أول الإسلام، أو أن المنهي عنه إذا اشترط لأحدهما شيء معين.

وأما الغرر فيأتي في كلام شيخ الإسلام أن المساقاة آصل من المؤاجرة.

وانظر تهذيب السنن ٥ / ٥٨. والمبسوط: ٢٣ / ١٧، وحاشية ابن عابدين ٥ / ١٨١، والمدونة ٤ / ٢، والكافي لابن عبدالبر: ٢ / ١٠٦، والحاوي: ٩ / ١٦٤، وكشاف القناع: ٣ / ٥٣٢).

....

عَلَى شَجَرٍ لَهُ ثَمَرٌ يُؤْكَلُ،

(**على شجر له ثمر يؤكل**)(١) من نخل وغيره. . . . .

---

(١) وهذا هو المذهب، وعند الحنفية: لا يشترط في صحة المساقاة نوع معين من الشجر، فالمثمر وغير المثمر سواء في صحة العقد، فتصح في الحور، والصفصاف، وفيما يتخذ للسقف والحطب، كما تصح في جميع البقول مثل الكرات، والسلق، ونحو ذلك، والرطاب كالقثاء، والبطيخ، والرمان، والعنب، والسفرجل، فإن ساقى عليها قبل الجذاذ كان المقصود الرطبة، فيقع العقد على أول جزة، وإن ساقى بعد انتهاء جذاذها؛ كان المقصود البذر، فيصح العقد باعتبار قصد البذر كما يقصد الثمر من الشجر، واستدلوا: بأن الجواز للحاجة، وقد عمت، وأثر خيبر لا يخصها؛ لأن أهلها كانوا يعملون في الأشجار والرطاب أيضاً.

وعند المالكية: الشجر الذي يساقى على قسمين:

الأول: ماله أصول ثابتة، ويشترط فيه شرطان:

(أ) أن يكون مما يثمر في عامه، فلا يصح في صغار الأشجار، وتصح فيما كان في معنى الثمر من ذوات الأزهار والأوراق المنتفع بها، كالورد والياسمين.

(ب) أن يكون مما لا يخلف، وهو الذي إذا قطف منه ثمرة لا يثمر في العام نفسه.

الثاني: ما ليست له أصول ثابتة؛ كالمقاثي، والزرع، وهذا تصح مساقاته عند المالكية، بالشروط الآتية:

(أ) أن يكون العقد بعد ظهورها.

(ب) أن يكون العقد قبل بدو صلاح ثمرها. =

. . . .

. . . .

- -

لحديث ابن عمر: «**عامل النبي ﷺ أهل خيبر، بشطر [١] ما يخرج منها من ثمر أو زرع**» متفق عليه(١).

= (جـ) أن يعجز رب الأرض عن تعاهدها.
(د) أن يكون مما لا يخلف بعد قطفه.
(هـ) أن يخاف موتها لو ترك العمل فيها.
وعند الشافعية: لا تصح المساقاة إلا على النخيل والكرم، فلا تصح على ما لا ساق له، كالبطيخ والقثاء والباذنجان، ولا تصح ـ أيضاً ـ في القول الجديد ـ على ما كان شجراً غير النخل والكرم، وفي القديم: تصح على جميع الأشجار.
ودليل اختصاص المساقاة في النخل والكرم: أن النبي ﷺ أخذ صدقة ثمرتها بالخرص، وثمرها مجتمع بائن من شجره، لا حائل دونه يمنع إحاطة الناظر إليه.
(تنوير الأبصار: ٥/١٨٣، والعناية على الهداية: ٨/٣٩٩، ومواهب الجليل: ٥/٣٧٢، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٣/٥٤١، والحاوي: ٩/١٦٩، وشرح المحلي على المنهاج: ٣/٦١، والمغني: ٧/٥٣١).

(١) أخرجه البخاري: (٣/٥٥) – الإجارة – باب: إذا استأجر أرضاً فمات أحدهما، (٣/٦٨، ٦٩) – الحرث والمزارعة – باب: المزارعة بالشطر ونحوه، وباب: إذا لم يشترط السنين في المزارعة، وباب: المزارعة مع اليهود، (٣/١١٣)– باب: الشروط في المعاملة – (٥/٨٤) – المغازي – باب: معاملة النبي ﷺ أهل خيبر، ومسلم: (٣/١١٨٦) – المساقاة – (ح: ١، ٢، ٣).

. . . .

وَعَلَى ثَمَرَةٍ مَوْجُودَةٍ،

وقال أبو جعفر(١): «**عامل النبي ﷺ [أهل][١] خيبر بالشطر]**[١]، **ثم أبو بكر، ثم عمر، ثم عثمان، ثم علي، ثم أَهلُوهُمْ، إلى اليوم يعطون الثلث أو الربع**»(٢)، ولا تصح على ما لا ثمر له كالحور(٣) أو له ثمر غير مأكول كالصنوبر(٤) والقرظ(٥).

(و) تصح المساقاة أيضاً (**على**) شجر ذي (**ثمرة**[٢] **موجودة**) لم

---

(١) أبو جعفر: محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب، ثقة، فاضل، توفي سنة ١١٥هـ.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة: (٦/٣٣٨) - البيوع - ح ١٢٧٢)، وابن زنجويه في الأموال: (١/٢٢٩ - ح ٣٠٠)، وابن حزم في المحلى: (٨/٢١٤) من طريق الحجاج بن أرطاة عن أبي جعفر محمد بن علي بن الحسين المشهور بالباقر، وإسناده ضعيف؛ لأن فيه الحجاج بن أرطأة، وهو كثير الخطأ والتدليس، ولم يصرح بالسماع في روايته عن أبي جعفر، كما أن أبا جعفر روى الحديث مرسلاً، ومراسيله غير صحيحة.

(٣) في لسان العرب (٤/٢٢٢): «والحَوَر: بفتح الواو نبت».

(٤) في المصباح (٢/٣٤٨): «الصنوبر: وزان سفرجل شجر معروف، ويتخذ منه الزفت».

(٥) في المصباح (٢/٤٩٩): «القرظ: حب معروف يخرج في غُلُفٍ؛ كالعدس من شجرة العِضَاة ...».

وتقدم مذهب الحنفية: صحة المساقاة على كل شجر مثمر، أو غير مثمر.

---

[١] ساقط من / ف.   [١-١] ساقط من / ش.

[٢] في / م ، ف بلفظ: (ثمر).

وَعَلَى شَجَرٍ يغْرِسُهُ، وَيَعْمَلُ عَلَيْهِ حَتَّى يُثْمِرَ بِجُزْءٍ مِنَ الثَّمَرَةِ،

تكمل، تنمى بالعمل(١)؛ كالمزارعة على زرع نابت؛ لأنها إذا جازت في المعدوم مع كثرة الغرر، ففي أرض الشجر الموجود وقلة الغرر أولى.

(**و**) تصح أيضاً (**على شجر يغرسه**) في أرض رب الشجر، (**ويعمل عليه حتي يثمر**)(٢)، احتج الإمام بحديث خيبر، ولأن العوض والعمل معلومان فصحت[١] كالمساقاة[٢] على شجر مغروس (**بجزء من الثمرة**) مشاع معلوم(٣)، وهو متعلق بقوله: «تصح» فلو شرطا في المساقاة الكلَّ لأحدهما، أو آصعاً[٣] معلومة، أو ثمرة شجرة معينة، لم

---

(١) أي تزيد به الثمرة؛ كالتأبير، والسقي، وإصلاح الثمرة. وفي الإفصاح (٢/٤٧): «واختلفوا هل تجوز المساقاة على ثمرة موجودة؟ فقال مالك: يجوز ما لم تَزْهُ، فإذا زهت وجاز بيعها فإنه لا تجوز المساقاة.
وعن الشافعي قولان: الجديد منهما: أنها لا تجوز، وعن أحمد روايتان: أظهرهما: الجواز».

(٢) وهذا هو المذهب، فعلى المذهب يكون الغرس من رب الأرض، فإن شرطه على العامل؛ فحكمه حكم المزارعة إذا شرط البذر من العامل.
وقيل: لا تصح، قال القاضي: المعاملة باطلة. (الإنصاف مع الشرح: ١٤/١٩٤).

(٣) وهذا باتفاق الأئمة.
(بدائع الصنائع: ٦/١٨٦، والقوانين الفقهية: ص ١٨٤، وحاشية الدسوقي: ٣/٥٤٠، ومغني المحتاج: ٢/٣٢٦، وكشاف القناع: ٣/٥٣٥).

---

[١] في / م، ف، س بلفظ: (صحت). [٢] في / ف بلفظ: (المساقاة).
[٣] في / س بلفظ (آضعا).

. . . .

تصح(١)، وتصح المناصبة والمغارسة، وهي: دفع أرض وشجر لمن يغرسه ـ كما تقدم(٢)ـ بجزء مشاع معلوم من الشجر(٣).

(١) لما روى رافع بن خديج ـ رضي الله عنه ـ قال: «**إنما كان الناس يؤاجرون على عهد رسول الله ﷺ بما على الماذِيَانَات، وأَقْبَال الجداول، وأشياء من الزرع فيهلك هذا، ويسلم هذا، ويسلم هذا، ويهلك هذا، ولم يكن للناس كرىً إلا هذا؛ فلذلك زجر عنه، فأما شيء معلوم مضمون؛ فلا بأس به**» رواه مسلم.
وقوله: «**الماذيانات**»: **ما ينبت** على حافة النهر، ومسايل الماء، وقوله: «**وأقبال الجداول**»: أي السواقي. (ينظر: النهاية في غريب الحديث ٤/٣١٣، ونيل الأوطار ٥/٢٧٦).
قال شيخ الإسلام، كما في مجموع الفتاوى (٣٠/١٢١): «والذي نهى عنه النبي ﷺ من المخابرة هو أنهم كانوا يعاملون ويشترطون للمالك منفعة معينة من الأرض، وهذا باطل بالاتفاق، كما لو اشترط دراهم مقدرة في المضاربة، أو ربح صنف بعينه من السلع، والمساقاة، والمزارعة، والمضاربة ليست من أنواع الإجارة التي يشترط فيها تقدير العمل والأجرة، وإنما هي من جنس المشاركة، فإنهما يشتركان بمنفعة بدن هذا، ومنفعة مال هذا، وهما مشتركان في المغنم والمغرم».
(٢) في قوله: «**وتصح ـ أيضاً ـ على شجر يغرسه**».
(٣) في الإنصاف مع الشرح الكبير (١٤/١٩٧): «لو كان الاشتراك في الغراس والأرض؛ فسد وجهاً واحداً. قاله المصنف ـ ابن قدامه ـ والشارح والناظم وغيرهم، وقال الشيخ تقي الدين: قياس المذهب صحته، قلت: وصحح المالكيون: المغارسة في الأرض الملك لا الوقف بشرط استحقاق العامل جزءاً من الأرض مع قسط من الشجر».

. . . .

وَهُوَ عَقْدٌ جَائِزٌ،

(وهو) أي: [عقد][١] المساقاة والمغارسة والمزارعة (عقد جائز)(١) من الطرفين قياساً على المضاربة؛ لأنها عقد على جزء من النماء في المال، فلا يفتقر إلى[٢] ذكر مدة(٢).

---

(١) وهذا هو المذهب، لما علل به المؤلف، ولحديث ابن عمر - رضي الله عنهما - في معاملة النبي ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر، أو زرع، وفيه: «نقركم على ذلك ما نشاء» متفق عليه. ولو كانت عقداً لازماً؛ لم يجز أن تكون الخيرة للمسلمين في مدة إقرارهم، ولما جاز - أيضاً - أن تكون من غير توقيت.

وعند جمهور أهل العلم: أنها عقد لازم، لا خيرة لواحد من المتعاقدين في فسخه. لقوله - تعالى -: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وقوله - تعالى -: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً﴾، ولأنها كالإجارة حيث ورود العقد على عمل يتعلق بالعين مع بقائها.

وأجيب عن حديث ابن عمر - رضي الله عنهما -: بأن النبي ﷺ لم يرد إقرار اليهود في جزيرة العرب، ولذلك أمر بإخراجهم آخر حياته.

(المبسوط: ٢٣ / ١٠١، وبدائع الصنائع: ٦ / ١٨٥، والشرح الكبير للدردير: ٣ / ٥٤٥، ومغني المحتاج: ٢ / ٣٢٩، وكشاف القناع: ٣ / ٥٣٧).

(٢) قال ابن قدامة في المغني (٧/٥٤٣): «فأما إن قلنا: إنه عقد لازم؛ فلا يصح إلا على مدة معلومة، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو ثور: تصح من غير ذكر مدة، ويقع على سنة واحدة؛ لأنه لما شرط له جزءاً من الثمرة كان فيها. =

---

[١] ساقط من /ف.

[٢] في / س بلفظ: (إلى ما).

فَإِنْ فَسَخَ الـمَالِكُ قَبْلَ ظُهُورِ الثَّمَرَةِ فَلِلْعَامِلِ الأُجْرَةُ، وَإِنْ فَسَخَهَا هُوَ فَلاَ شَيْءَ لَهُ،

ولكل منهما فسخها[١] متى شاء(١)، (**فإن فسخ المالك قبل ظهور الثمرة؛ فللعامل الأجرة**) أي: أجرة مثله؛ لأنه منعه من إتمام عمله[٢] الذي يستحق به العوض(١)، (**وإن فسخها هو**)، أي: فسخ العامل المساقاة قبل ظهور الثمرة (**فلا شيء له**)؛ لأنه رضي بإسقاط حقه(٢)،

= ولنا: أنه عقد لازم فوجب تقديره بمدة كالإجارة .... فعلى هذا لا تتقدر أكثر المدة، بل يجوز ما يتفقان عليه من المدة التي يبقى فيها الشجر وإن طالت ... فأما أقل المدة؛ فيتقدر بمدة تكمل فيها الثمرة؛ لأن المقصود أن يشتركا في الثمرة، ولا يوجد في أقل من هذه المدة» ا.هـ.

(١) على القول بأنها عقد جائز.

(٢) وهذا هو المذهب؛ لما علل به المؤلف. ولأنه عمل على الشجر عملاً مؤثراً في الثمرة، فاستحق أجرة مثله. (المصدر السابق).
وقال شيخ الإسلام، كما في الاختيارات (ص ١٥١): «وإذا فسدت المزارعة، أو المساقاة، أو المضاربة؛ استحق العامل نصيب المثل، وهو ما جرت به العادة في مثله، لا أجرة المثل». وبه قال ابن القيم ـ رحمه الله ـ كما في الطرق الحكمية (ص٢٨٩ ـ ٢٩٠).

(٣) كعامل المضاربة إذا فسخ قبل ظهور الربح، وعامل الجعالة إذا فسخ قبل إتمام العمل. (الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٤/٢٠٣).
قال شيخ الإسلام، كما في الاختيارت (ص ١٤٩): «وإذا ترك العامل العمل حتى فسد الثمر، فينبغي أنه يجب عليه ضمان نصيب المالك، وينظر كم يجيء لو عمل بطريق الاجتهاد؟ كما يضمن لو يبس الشجر، وهذا لأن تركه العمل من غير فسخ العقد حرام وغرر».

---

[١] في / س بلفظ: (فسخهما).
[٢] في / ظ. بلفظ: (العمل).

وَيَلْزَمُ العَامِلَ كُلُّ مَا فِيهِ صَلاَحُ الثَّمَرَةِ؛ مِنْ حَرْثٍ وَسَقْيٍ وَزِبَارٍ

وإن انفسخت بعد ظهور الثمرة؛ فهي بينهما على ما شرطا[١]، ويلزم العامل تمام العمل كالمضارب(١).

(ويلزم العامل كل ما فيه صلاح الثمرة من حرث وسقي وزبار)(٢).

---

(١) كما يلزم المضارب بيع العروض إذا قسمت المضاربة بعد ظهور الربح. (الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٤ / ٢٠٣).

(٢) وهذا هو المذهب.

وعند الحنفية: لا يخلو من حالين:

الأول: أن ما كان من عمل قبل إدراك الثمر من السقي، والتلقيح، والحفظ؛ فهو على العامل، وما بعد الإدراك كالجذاذ، وحفظه، فهو عليهما في ظاهر الرواية، وعلى هذا لو شرط قطف الثمر على العامل؛ لم يجز؛ لأنه لا عرف فيه.

الثاني: ما لا تبقى منفعته بعد مدة العقد؛ فهو على العامل، فاشتراطه عليه لا يفسد العقد، وما تبقى منفعته بعدها كغرس الأشجار، ونصب العرائش، وإلقاء السرقين فاشتراطه على العامل يفسد العقد. (ينظر: الهداية ٤ / ٤٤، وحاشية ابن عابدين ٩ / ٣٥١).

وعند المالكية: أن كل ما يفتقر إليه الثمر عرفاً؛ يجب على العامل، ولو بقي بعد المساقاة، ولا يشترط تفصيل العمل، ويحمل على العرف؛ إن كان منضبطاً، وإلا لابد من البيان.

وعند الشافعية: قال الماوردي: العمل المشروط في المساقاة على أربعة أضرب:

أحدها: ما يعود نفعه على الثمرة دون النخل، مثل إبار النخل، وتصريف الجريد، وتلقيح الثمرة، وجذاذها، فهذا ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

(أ) قسم يجب على العامل فعله بغير شرط، وهو كل ما لا تحصل الثمرة =

---

[١] في / ف. بلفظ: (على شرط).

= إلا به كالتلقيح والإبار.

(ب) وقسم لا يجب عليه فعله إلا بالشرط، وهو كل ما فيه مستزاد للثمرة، وقد تصلح بعدمه كتصريف الجريد، وتدلية الثمرة.

(جـ) وقسم مختلف فيه، وهو كل ما تكاملت الثمرة قبله؛ كاللقاط والجذاذ، ففيه وجهان:

الأول: أنه لا يجب على العامل إلا بالشرط، لتكامل الثمرة بعدمه.

الثاني: أنه يجب على العامل بغير شرط؛ لأن الثمرة لا تستغني عنه، وإن تكاملت قبله.

الضرب الثاني: ما يعود نفعه على النخل دون الثمرة، مثل شد الحظائر، وحفر الآبار، وشق السواقي،وكري الأنهار،ونحو ذلك، فلا يجوز اشتراط شيء من ذلك على العامل، فإن شرط؛ كان باطلاً، والمساقاة فاسدة.

وقال بعض الشافعية: يبطل الشرط وحده، دون المساقاة.

الضرب الثالث: ما يعود نفعه على النخل والثمرة؛ كالسقي، وقطع الحشيش المضر، ونحو ذلك، فإن كان مما لا تصلح الثمرة إلا به كالسقي فيما لا يشرب بعروقه من النخل حتى يسقى سيحاً؛ فهو على العامل، وإلا ففيه ثلاثة أوجه:

الأول: أنه واجب على العامل بنفس العقد، واشتراطه تأكيد، لما فيه من صلاح النخل، وزيادة الثمرة.

الثاني: أنه واجب على رب النخل، واشتراطه على العامل مبطل للعقد؛ لأنه بصلاح النخل أخص منه بصلاح الثمرة. =

وَتَلْقِيحٍ وَتَشْمِيسٍ وَإِصْلَاحِ مَوْضِعِهِ وَطُرُقِ الْمَاءِ وَحَصَادٍ وَنَحْوِهِ، وَعَلَى رَبِّ الْمَالِ مَا يُصْلِحُهُ

بكسر الزاي، وهو قطع الأغصان الرديئة من الكرم[١]، (**وتلقيح وتشميس**[٢]،**وإصلاح موضعه**[٣]) ،وإصلاح (**طرق الماء، وحصاد، ونحوه**)[٤]، كآلة حرث،وبقرة، وتفريق زِبْلٍ[٥]، وقطع حشيش مضر، وشجر يابس[٦]، وحفظ ثمر على شجر إلى أن يقسم[٧]، (**وعلى رب المال ما يصلحه**)

= **الثالث**: أنه لا يلزم واحداً منهما، ويجوز اشتراطه على العامل؛ لما فيه من زيادة الثمرة، ويجوز اشتراطه على رب النخل؛ لما فيه من صلاح النخل.

الضرب الرابع: ما لا يعود نفعه على النخل ولا على الثمرة؛ كاشتراطه على العامل أن يبني له بيتاً أو يخدمه شهراً، فهذه شروط تنافي العقد وتمنع صحته، لعدم تعلقها بالعقد. (الحاوي: ٩ / ١٧٩).

(١) وقطع ما يحتاج الشجر إلى قطعه كجريد النخل.

(٢) التلقيح: وضع الذكر في الأنثى، والتشميس: جعل الثمر في الشمس إذا كان محتاجاً إلى ذلك. (المطلع ص ٢٦٣).

(٣) أي: موضع التشميس، وكذا تصفية الزرع.

(٤) كجذاذ.

(٥) بكسر فسكون: أي سماد. (ينظر: المصباح ١ / ٢٥٠).

(٦) وعلى العامل آلة القطع.

(٧) ونقله إلى مكان حفظه، ولا يشترط تفصيل ما يلزم العامل من عمله، بل يحمل المطلق في كل مكان، على عرفه الغالب.

كَسَدٌ حَائِطٍ وَإِجْرَاءِ الأَنْهَارِ وَالدُّولابِ وَنَحْوِهِ.

أي: ما يحفظ الأصل، (**كسد حائط**[١]، **وإجراء الأنهار**)، وحفر البئر، (**والدولاب**[٢]، **ونحوه**) كآلته التي تديره ودوابه[٣]، وشراء ما يلقح به، وتحصيل ماء[٤]، وزبل، والجذاذ عليها بقدر حصتيهما[٥]، إلا أن

---

(١) بناؤه، أو بناء ما انهدم منه.

(٢) وهو ما تديره الدواب، وكذا آلته التي تديره. (ينظر: كشاف القناع ٣/ ٥٤٠).

(٣) قال ابن قدامة كما في المغني (٧/ ٥٣٩): «فأما البقرة التي تدير، الدواب، فقال أصحابنا: هي على رب المال؛ لأنها ليست من العمل وأشبهت ما يلقح به، والأولى: أنها على العامل؛ لأنها تراد للعمل فأشبهت بقر الحرث».

(٤) ولو نفد لزمه الحفر.

(٥) وهذا هو المذهب، وهو مذهب الحنفية.

وعلله الحنفية: بأنه ليس من أعمال المساقاة؛ لانتهائها بالإدراك حتى لا يجوز اشتراطها على العامل؛ لأنه لا عرف في ذلك.

وعند المالكية، والشافعية، ورواية عن الإمام أحمد: أنها على العامل؛ لأن النبي ﷺ دفع خيبر إلى يهود؛ على أن يعملوها من أموالهم؛ ولأنه من العمل؛ فكان على العامل كالتشميس.

(الهداية: ٤/ ٤٤، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٣/ ٥٤٤، ومغني المحتاج: ٢/ ٣٢٩، والمغني: ٧/ ٥٤٠، والإنصاف: ٥/ ٤٨٦).

. . . .

. . . .

يشترطه [على][١] العامل(١)، والعامل فيها كالمضارب[٢] فيما يقبل، ويرد، وغير ذلك(٢).

* * *

(١) لحديث أبي هريرة مرفوعاً: «**المسلمون على شروطهم**». علقه البخاري بصيغة الجزم، أو كان هناك عرف، إذ المعروف عرفاً؛ كالمشروط لفظاً.

(٢) أي: والعامل في المساقاة والمزارعة كالمضارب فيما يقبل قوله فيه، وما يرد، وما يبطل العقد، وفي الجزء المقسوم، وهذا هو المذهب.

وفي الإنصاف مع الشرح الكبير (١٤ / ٢٢٣): «وإن ثبتت خيانته؛ ضم إليه من يشارفه، فإن لم يمكن حفظه؛ استؤجر من ماله من يعمل العمل، وهذا بلا نزاع، لكن: إن اتهم بالخيانة ولم تثبت؛ فقال المصنف - ابن قدامة -: يحلف كالمضارب. قلت: وهو الصواب، وقال غيرهم: للمالك ضم أمين بأجرة من نفسه ....».

* * *

[١] ساقط من / ق .

[٢] في / ق . بلفظ: (كالمضاربة).

فصلٌ

وَتَصِحُّ الـمُزَارَعَةُ

فصل

(وتصح المزارعة)[(١)(٢)] لحديث خيبر السابق، وهي دفع أرض

(١) والمزارعة في اللغة: من زرع الحب زرعاً، وزراعة: بذره.
وزرع الله الحرث: أنبته وأنماه، وزارعه مزارعة: عامله بالمزارعة.
(المصباح: ١ / ٢٥٢، ولسان العرب: مادة زرع).

(٢) فالمذهب ـ وبه قال صاحبا أبي حنيفة ـ: مشروعية المزارعة مطلقاً؛ لحديث ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ: «أن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع» متفق عليه.
ولإجماع الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ عليها قولاً وعملاً، ولم يخالف في ذلك أحد منهم، وقياساً على المضاربة.
وللحاجة إليها فإن صاحب المال قد لا يهتدي إلى العمل، والمهتدي إليه قد لا يجد المال؛ فمست الحاجة إلى انعقاد هذا العقد.
وعند أبي حنيفة: عدم جوازها مطلقاً؛ لما روى رافع بن خديج ـ رضي الله عنه ـ قال: كنا نخابر على عهد رسول الله ﷺ، فذكر أن بعض عمومته أتاه فقال: نهى رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعاً، وطواعية الله ورسوله أنفع لنا. قال: قلنا: وما ذاك؟ قال: قال رسول الله ﷺ: **«من كانت له أرض فليزرعها، أو ليزرعها أخاه، ولا يكريها بثلث، ولا ربع، ولا بطعام مسمًّى»** رواه مسلم.
وعند الإمام مالك: لا يجوز إعطاء الأرض مزارعة إلا أن تكون أرضاً =

بِجُزْءٍ مَعْلُومِ النِّسْبَةِ مِمَّا يَخْرُجُ مِنَ الأَرْضِ لِرَبِّهَا، أَوْ لِلْعَامِلِ وَالْبَاقِي لِلآخَرِ،

وحب لمن يزرعه ويقوم عليه(١)، أو حب مزروع[١] ينمى بالعمل لمن يقوم عليه (**بجزء**)[٢] مشاع (**معلوم النسبة**) كالثلث،أو الربع، ونحوه(٢) (**مما يخرج من الأرض لربها**) أي: لرب الأرض، (**أو للعامل والباقي للآخر**)

= وشجراً، ومقدار البياض من الأرض ثلث مقدار الجميع.
وعند الشافعية: تجوز المزارعة تبعاً للمساقاة، فتجوز في البياض بين النخل والعنب.
(بدائع الصنائع: ٦/ ١٧٥، والمدونة: ٩/ ٥٥٢، والشرح الصغير: ٢/ ٢٦٠، ونهاية المحتاج: ٥/ ٢٤٥، ومغني المحتاج: ٢/ ٣٢٣، ومنتهى الإرادات: ١/ ٤٧١).
وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ١٥٠): «والمزارعة آصل من الإجارة؛ لاشتراكهما في المغرم والمغنم». وتقدم الجواب عن حديث رافع بن خديج أول الباب، وانظر جواب ابن القيم في تهذيب السنن ٥/ ٥٨، ٦٢، ٦٤.

(١) ومن تعاريف الحنفية: عقد على الزرع ببعض الخارج بشرائطه الموضوعة له شرعاً.
ومن تعاريف المالكية: الشركة في الزرع.
ومن تعاريف الشافعية: عمل على أرض ببعض ما يخرج منها، والبذر من المالك.
(تكملة البحر الرائق: ٨/ ١٨١، وتبيين الحقائق: ٥/ ٢٧٨، وحاشية الدسوقي: ٣/ ٣٧٢، ومغني المحتاج: ٢/ ٣٢٤).

(٢) كالنصف، أو أقل، أو أكثر.

[١] ف / س. بلفظ: (من زرع وينمى).

[٢] في / س. بلفظ: (ومشاع).

وَلاَ يُشْتَرَطُ كَوْنُ الْبَذْرِ وَالْغِرَاسِ مِنْ رَبِّ الأَرْضِ،

أي: إن شرط الجزء المسمى لرب الأرض فالباقي[١] للعامل، [وإن شرط[٢] للعامل] فالباقي لرب الأرض؛ لأنهما يستحقان ذلك، فإذا[٣] عين نصيب أحدهما منه؛ لزم أن يكون الباقي للآخر.

(**ولا يشترط**) في المزارعة والمغارسة (**كون البذر والغراس من رب الأرض**)(١)، فيجوز أن يخرجه العامل في قول عمر، وابن مسعود، وغيرهما(٢)،

---

(١) فالمذهب، كما سيأتي في كلام المؤلف، وهو مذهب الشافعية: يشترط كون البذر من رب الأرض؛ لأنه عقد يشترك رب المال والعامل في نمائه، فوجب أن يكون رأس المال كله من عند أحدهما؛ كالمساقاة والمضاربة.
وعند الحنفية: يجوز أن يكون البذر من المزارع، ويجوز أن يكون من صاحب الأرض، ولا يجوز أن يكون منهما، فيجب بيان من عليه البذر.
وعند المالكية: يجوز أن يكون البذر من أيهما، ومنهما معاً؛ بشرط ألا يكون مقابل الأرض بممنوع، وهو مقابلة بطعام، أو بما تنبته ولو لم يكن طعاماً؛ كالقطن والكتان.
(المبسوط: ٢٣/١٩، وبدائع الصنائع: ٥/١٧٧، وحاشية الدسوقي: ٣/٣٧٣، والخرشي: ٦/٦٣، وروضة الطالبين: ٥/١٧١، والإنصاف: ٥/٤٨٣).

(٢) رأي عمر في عدم اشتراط البذر على صاحب الأرض، أخرجه البخاري معلقاً بصيغة الجزم: (٣/٦٨) - الحرث والمزارعة - باب: المزارعة بالشطر، والطحاوي في شرح معاني الآثار: (٤/١١٤) - المزارعة =

---

[١] في / ف، هـ. بلفظ: (والباقي).
[٢] ساقط من /ز.
[٣] في / ط. بلفظ: (فإن).

وَعَلَيْهِ عَمَلُ النَّاسِ.

ونص عليه في رواية مهنا[١]، وصححه في «المغني»[٢]، و«الشرح»[٣]، واختاره أبو محمد الجوزي[٤]، والشيخ تقي الدين[٥] **(وعليه عمل الناس)**؛

= والمساقاة -، وابن حزم في المحلى: (٨/ ٢١٥)، والبيهقي: (٦/ ١٣٥).
أما رأي ابن مسعود؛ فأخرجه ابن أبي شيبة: (٦/ ٣٣٧) عن موسى بن طلحة قال: «كان سعد وابن مسعود يزارعان بالثلث والربع». وأخرج نحوه عبدالرزاق: (٨/ ٩٩ - ح ١٤٤٧٠)، وابن أبي شيبة: (٦/ ٣٣٧ - ح ١٢٦٧)، والطحاوي في شرح معاني الآثار: (٤/ ١١٤).
وقال البخاري في صحيحه: (٣/ ٦٨): «وزارع عليٌّ، وسعد بن مالك، وعبدالله بن مسعود ...».
هذه الآثار ذكرها البخاري في صحيحه معلقة بصيغة الجزم، وهو حكم منه بصحته عن المضاف إليه.

(١) «المغني»: (٧/ ٥٦٢).

(٢) «المغني»: (٧/ ٥٦٢).

(٣) «الشرح الكبير مع الإنصاف»: (١٤/ ٢٤١).

(٤) «الإنصاف»: (٥/ ٤٨٣).

(٥) «مجموع الفتاوى»: (٣٠/ ١٢١)، وقال: «وكذلك يجوز، على أصح القولين في مذهب أحمد وغيره، أن يكون البذر من العامل، كما فعل النبي ﷺ مع أهل خيبر، وتشبيه ذلك بمال المضاربة فاسد، فإن البذر لا يعود إلى باذره كما يعود مال المالك». وعند ابن القيم: أن المزارعة التي يكون فيها البذر من العامل أولى بالجواز من المزارعة التي يكون فيها البذر من رب الأرض. (ينظر: الطرق الحكمية ص٢٨٦) وزاد المعاد.

. . . .

. . . .

لأن الأصل المعول عليه في المزارعة[١] قصة خيبر، ولم يذكر النبي ﷺ أن البـذر[٢] على المسلمين، وظاهر المذهب: اشتراطه. نص عليه في رواية جماعة، واختاره عامة الأصحاب(١)، وقدمه في «التنقيح»(٢)، وتبعه المصنف[٣] في «الإقناع»(٣) وقطع به في «المنتهى»(٤). وإن شرط رب الأرض أن يأخذ مثل بذره ويقتسما[٤] الباقي؛ لم يصح(٥)،

(١) «الإنصاف»: (٥/٤٨٣).
(٢) ص (٢١٨).
(٣) (٢/٢٨١).
(٤) «المنتهى مع شرحه»: (٢/٣٤٦).
(٥) في الإنصاف مع الشرح الكبير (١٤/٢٤٦): «هذا هو المذهب، نص عليه، وعليه الأصحاب، وفي الشرح الكبير؛ لأن الأرض ربما لا تخرج إلا تلك القفزان فيختص رب المال بها ... ويتوجه تخريج من المضاربة، وجوز الشيخ تقي الدين أخذ البذر، أو بعضه بطريق القرض، وقال: يلزم من اعتبر البذر من رب الأرض وإلا فقوله فاسد، وقال ـ أيضاً ـ: تجوز كالمضاربة، وكاقتسامها ما يبقى بعد الكلف، وقال ـ أيضاً ـ: ويتبع في الكلف السلطانية العرف ما لم يكن شرط، واشتراط عمل الآخر حتى يثمر ببعضه، قال: وما طلب من قرية من وظائف سلطانية ونحوها فعلى=

[١] في /ط . بلفظ: (قضيه).
[٢] في / أ ، ف. بلفظ: (النذر).
[٣] في / س. بلفظ: (المغني).
[٤] في / ف، م. بلفظ: (ويقسما).

. . . .

وإن كان في الأرض [١[شجر فزراعه على الأرض وساقاه على الشجر صح(١)، وكذا لو أجره الأرض]١] وساقاه على شجرها فيصح(٢) ما لم يتخذ حيلة على بيع الثمرة قبل بدو صلاحها(٣). وتصح مساقاة ومزارعة بلفظهما[١] ولفظ المعاملة وما في معنى ذلك(٤) ولفظ إجارة(٥)؛

= قدر الأموال، وإن وضعت على الزرع؛ فعلى ربه، أو على العقار؛ فعلى ربه، ما لم يشترطه على مستأجر، وإن وضع مطلقاً؛ رجع إلى العادة».

(١) في الإنصاف: «بلا نزاع».

وفي الشرح الكبير: «سواء قل بياض الأرض أو كثر؛نص عليه أحمد، وقال: قد دفع النبي ﷺ خيبر على هذا. (الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٤/ ٢٣٨).

(٢) لأنهما عقدان يجوز إفراد كل واحد منهما، فجاز الجمع بينهما؛ كالبيع والإجارة. (المصادر السابقة).

(٣) وصورة الحلية: أن يأجره الأرض بأكثر من أجرتها، ويساقيه على الشجر بجزءٍ من ألف جزء ونحوه. (الإقناع: ٢/ ٢٨١).

(٤) كالمفالحة وكالعمل ببستاني، أو تعهد نخلي، أو اسقه، وتقدم حديث ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ قريباً: «**عامل النبي ﷺ أهل خيبر ..**» متفق عليه؛ لأن القصد المعنى، فإذا دل عليه بأي لفظ كان؛ صح، وصفة القبول بما يدل عليه من قول أو فعل.

(٥) فلو قال: استأجرتك لتعمل على هذا الحائط بنصف ثمرته أو زرعه؛ صح، ولا يكون إجارة.

[١-١] ساقط من / ف. [١] في / س. بلفظ: (بلفظها).

. . . .

لأنه مؤد للمعنى.

وتصح إجارة أرض بجزء مشاع مما يخرج منها(٤)، فإن لم تزرع

---

(١) كأجرتك هذه الأرض بربع ما يخرج منها من زرع مثلاً، وهي إجارة يشترط لها شروط الإجارة.

تجوز إجارة الأرض بالذهب والفضة، وسائر العروض غير المطعوم في قول عامة أهل العلم؛ لما روى رافع بن خديج: «**أما الذهب والورق فلم ينهنا يعني النبي** ﷺ» متفق عليه. **فأما إجارتها بطعام؛ فتنقسم ثلاثة أقسام**:

أحدها: أن يؤجر بطعام معلوم غير الخارج منها، فيجوز. نص عليه، وهو قول أكثر أهل العلم، ومنع منه مالك حتى منع إجارتها باللبن والعسل، وروى ظهير بن رافع قال: دعاني رسول الله ﷺ، فقال: «ما تصنعون بمحاقلكم؟ قلت: نؤاجرها على الربع، أو على الأوسق من التمر أو الشعير. قال: «**لا تفعلوا ازرعوها أو أمسكوا**» متفق عليه. لكن يحمل المنع على المسمى الخارج منها.

الثاني: إجارتها بطعام معلوم من جنس ما يزرع فيها؛ كإجارتها بقفزان حنطة ليزرعها، ففيه روايتان:

الأولى: المنع - وهي قول مالك - لأنه ذريعة إلى المزارعة عليها بشيء معلوم من الخارج منها.

والثانية: الجواز - وهي قول أبي حنيفة والشافعي - لما تقدم في القسم الأول.

الثالث: إجارتها بجزء مشاع مما يخرج منها؛ كنصف وثلث، فالمنصوص=

. . . .

. . . .

نظر إلى معدل المغل فيجب القسط [المسمى][١](١).

* * *

= عن أحمد جوازه، وهو قول أكثر الأصحاب، واختار أبو الخطاب: لا تصح، وهو قول أبي حنيفة والشافعي. (الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٤/٢٥٨).

(١) قوله: «معدل المغل» من إضافة الصفة إلى الموصوف، أي إلى المغل المعدل. أي: الموازن منها لو زرعت، والمراد غلتها في العادة، فيجب في الأرض القسط المسمى في العقد.

* * *

[١] ساقط من / ش.

بَابُ الإِجَارَةِ

باب الإجـارة(١)

مشتقه من الأجر وهو العوض(٢)، ومنه سمي الثواب: أجراً، وهي

---

(١) أي: باب أحكام الإجارة.

(٢) الإجارة: بكسر الهمزة على المشهور، اسم للأجرة، وهي كراء الأجير، ونقل الضم، والفتح فهي مثلثة، والأجرة: الكراء والكروة.

والأجر: عوض العمل، وجمعه أجور، وجمع الجمع: أجر. (القاموس: ١ / ٣٦٢، ولسان العرب: ٤ / ١٠، والمصباح: ١ / ٥).

والأصل في جواز الإجارة: الكتاب :كما في قوله ـ تعالى ـ: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾.

ومن السنة: حديث أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ: **«ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة»** وعد منهم: **«رجلاً استأجر أجيراً فاستوفى منه، ولم يعطه أجره»** رواه البخاري.

وأما الإجماع: فقد أجمعت الأمة على العمل بها. (الإجماع لابن المنذر: ص ١٢٨).

وأما النظر: فلأن الإجارة وسيلة للتيسير على الناس في الحصول على ما يبتغونه من المنافع التي لا ملك لهم في أعيانها، فالحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان، فالفقير محتاج إلى مال الغني، والغني محتاج إلى عمل الفقير، ومراعاة حاجة الناس أصل في جواز العقود.

(المبسوط: ١٥ / ٧٤، وبدائع الصنائع: ٤ / ١٧٤، وبداية المجتهد: ٢ / ٢٤٠، وشرح المنتهى: ١٨٣).

. . . .

. . . .

عقد على منفعة(١) . . . .

(١) فالمذهب وهو قول جمهور أهل العلم: أن مورد عقد الإجارة المنافع؛ لأنها هي التي يجوز التصرف فيها.

وعند بعض الشافعية كأبي إسحاق المروزي: هو العين؛ لأن المنافع معدومة.

وعند شيخ الإسلام وابن القيم: أن موارد العقد كل ما يتجدد ويحدث بدله مع بقاء العين سواء كان عيناً أو منفعة؛ كماء البئر، ولبن الظئر وغير ذلك.

(تبيين الحقائق: ٥/١٢٧، ومواهب الجليل: ٥/٤١٠، ومغني المحتاج: ٢/٣٣٣، وكشاف القناع: ٣/٥٤٦).

قال ابن القيم في الهدي ٥/٨٢٥: «... منع كون عقد الإجارة لا يرد إلا على منفعة فإن هذا ليس ثابتاً بالكتاب ولا بالسنة ولا بالإجماع، بل الثابت عن الصحابة خلافه؛ كما صح عن عمر أنه قبل حديقة أسيد بن الحضير ثلاث سنين وأخذ الأجرة... فهذه إجارة الشجر لأخذ ثمرها... وغاية ما معكم قياس محل النزاع على إجارة الخبز للأكل والماء للشرب؛ وهذا من أفسد القياس؛ فإن الخبز تذهب عينه ولا يستخلف،... بخلاف اللبن، ونقع البئر فإنه يستخلف ويحدث شيئاً فشيئاً كان بمنزلة المنافع».

وهل الإجارة على وقف القياس أو على خلاف القياس؟

جمهور أهل العلم: أنها على خلاف القياس؛ إذ هي بيع للمعدوم.

وعند شيخ الإسلام وابن القيم: أنها على وفق القياس؛ وأن بيع المعدوم الذي أبطلته الأدلة هو الوارد على الأعيان التي يمكن أن توجد عند التعاقد، أما الإجارة فإنها ترد على منافع يتعذر وجودها عند التعاقد.

(نتائج الأفكار: ٧/١٤٧، ومجموع الفتاوى: ٣/١٩٨، وإعلام الموقعين: ١/٤٥٤، وكشاف القناع: ٣/٥٤٧).

. . . .

. . . .

مباحة(١) معلومة من عين معينة أو موصوفة في الذمة مدة معلومة، أو عمل معلوم بعوض معلوم(٢)، وتنعقد بلفظ الإجارة والكراء[١](٣) وما في معناهما(٤)، وبلفظ بيع إن لم يضف للعين(٥).

(١) قوله: «مباحة» أخرج المحرمة ويأتي؛ وقوله: «معلومة» أخرج المجهولة.
(٢) فالإجارة ضربان: الأول: أن تكون من عين معينة كآجرتك هذه السيارة، أو موصوفة في الذمة كآجرتك سيارة صفتها كذا وكذا.
الثاني: أن تكون على عمل معلوم؛ كبناء حائط، أو حمل متاع إلى موضع كذا، ونحو ذلك.
(٣) كآجرتك أو أكريتك، لأن هذين اللفظين موضعان لها، وهذا باتفاق الفقهاء.
(٤) مثل أن يقول: أعرتك هذه الدار شهراً بكذا؛ لأن العارية بعوض إجارة، أو وهبتك منافعها بكذا، أو ملكتك منافعها بكذا، أو صالحتك على أن تسكنها لمدة شهر بكذا، ونحو ذلك.
(٥) نحو: بعتك منفعتها، وهذا هو المذهب، وهو الأظهر عند الحنفية، ومذهب المالكية؛ لأنه تمليك يتقسط العوض فيه على المعوض؛ كالبيع، فانعقد بلفظه.
وفي قول للحنفية، وهو مذهب الشافعية: لا تنعقد الإجارة بلفظ: بعتك منفعتها؛ لأن لفظ البيع وضع لتمليك العين، فذِكْرُهُ في المنفعة مفسد، ولأن الإجارة تخالف البيع في الاسم والحكم.
(حاشية ابن عابدين: ٥/٣، والمهذب: ١/٣٩٥، ونهاية المحتاج: ٣/٢٦٠، والإنصاف: ٦/٤).
وعند شيخ الإسلام: أن العقود تنعقد بما دل عليه العرف من قول أو فعل متعاقب أو متراخ، وتقدم أول البيع. =

[١] لفظ (وبلفظ الإجارة والكراء وما في معناهما) مكرر في / م، ف.

تَصِحُّ بِثَلاَثَةِ شُرُوطٍ: مَعْرِفَةُ الـمَنْفَعَةِ كَسُكْنَى دَارٍ

و (**تصح**) الإجارة (**بثلاثة شروط**):

أحدها: (**معرفة المنفعة**)؛ لأنها المعقود عليها فاشترط العلم بها كالمبيع[1].

وتحصل المعرفة إما بالعرف (**كسكنى دار**)[2]؛ لأنها لا تكرى إلا

= وكذا عند ابن القيم؛ تنعقد بأي لفظ يعرفه المتعاقدان، ومن ذلك لفظ البيع. (إعلام الموقعين ٢ / ٤).

وهل تنعقد الإجارة بالمعاطاة؟

المذهب ـ وهو قول جمهور أهل العلم ـ: أن الإجارة تنعقد بالمعاطاة.

وقيد بعض الحنفية الجواز بالأشياء الخسيسة دون النفيسة.

وعند الشافعية: المنع، إلا مع دلالة الحال كمن يبيت في الخان فإنه يكون بأجر، وبناء على هذا لو دفع ثوباً إلى خياط ليخيطه، ولم يذكر أحدهما أجرة؛ فلا أجرة له، وقيل: له أجرة مثله، وقيل: إن كان معروفاً بذلك العمل؛ فله أجرة مثله، وإلا فلا.

(بدائع الصنائع: ٥ / ١٣٤، وحاشية ابن عابدين: ٥ / ٤، ومواهب الجليل: ٥ / ٣٩٠، والشرح الصغير: ٤ / ٨، ونهاية المحتاج: ٣ / ٣٦٤، والمغني مع الشرح الكبير: ٦ / ٥).

(١) اشتراط أن تكون المنفعة معلومة متفق عليه عند الفقهاء، ويدل لهذا ما تقدم من الدليل على اشتراط العلم بالمبيع في كتاب البيع.

ولقوله ـ تعالى ـ: ﴿**لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ**﴾ والرضا لا يتوجه إلا إلى معلوم. (المصادر السابقة).

(٢) يعني إلى شهر مثلاً، فلا يحتاج إلى ذكر صفة سكناها، إذ هي معروفة =

وَخِدْمَةِ آدَمِيٍّ

لذلك، فلا يعمل فيها حدادة ولا قصارة[١]، ولا يسكنها دابة[٢] ولا يجعلها مخزناً لطعام[٣]، ويدخل ماء بئر تبعاً[٤]، وله إسكان ضيف وزائر[٥] (و) كـ (خدمة آدمي) فيخدم ما جرت به العادة من ليل ونهار[٦]، وإن استأجر حرة أو أمة؛ صرف وجهه[٧] عن النظر.

= بين الناس، والتفاوت فيها يسير، فلم يحتج إلى ضبطها.
(الهداية: ٣/ ٢٤١، وتبيين الحقائق: ٥/ ١١٣، وحاشية الدسوقي: ٤/ ٢٣، والشرح الصغير: ٤/ ٣٩، والمغني: ٨/ ١٤).

(١) في المصباح (٢/ ٥٠٥): «قصرت الثوب قصراً بيضتة، والقصارة بالكسر: الصناعة والفاعل قصار».

(٢) إن لم تكن قرنية كالدار الواسعة التي فيها اصطبل عملاً بالعرف.

(٣) لأن الجرذ يخرق حيطانها، ويجلب النمل، والعرف لا يقتضيه. (كشاف القناع: ٣/ ٤٥٨).

(٤) يأتي قريباً.

(٥) فإن شرط المؤجر على المستأجر ألا يسكن معه غيره؛ فالمذهب ـ ومذهب المالكية ـ: صحة الشرط؛ إذ المسلمون على شروطهم.
وعند الحنفية: صحة العقد، وبطلان الشرط.
وعند الشافعية: فساد الشرط والعقد؛ لأن الشرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة للمؤجر، فيفسد ويفسد العقد.
(فتح القدير: ٧/ ١٦٥، وحاشية ابن عابدين: ٥/ ١٧، وشرح الخرشي: ٧/ ٥٠، ونهاية المحتاج: ٦/ ٢٧٧، وكشاف القناع: ٣/ ٤٥٨).

(٦) كتحديد أوقات العمل بالساعات، ونحو ذلك.

(٧) فالمذهب: يجوز للأجنبي استئجار الأَمَةِ والحرة للخدمة؛ لأنها منفعة =

. . . .

وَتَعْلِيمِ عَلْمٍ.

(و) يصح استئجار آدمي لعمل معلوم[١] كـ(**تعليم علم**)[٢] وخياطة

= مباحة، ولكن لا يخلو بها، ولا ينظر إليها.
وعند الحنفية: يكره للأعزب استئجار الأجنبية للخدمة.
وعند المالكية: لا يجوز استئجار الأعزب ولو كان مأموناً، فإن كان له أهل؛ جاز إن كان مأموناً، وكذا المرأة التي لا إرب للرجال فيها، أو شابة ومستأجرها شيخ كبير فيجوز.
وعند الشافعية: يحرم ذلك.
والأقرب: أنه إن علم أو ظن أنه سيقع في المعصية؛ حرم عليه ذلك.
(درر الحكام: ١ / ٥٥٦، بدائع الصنائع: ٤ / ١٨٩، وحاشية الدسوقي: ٤ / ٢١، وأسنى المطالب: ٢ / ٤١٠، وكشاف القناع: ٣ / ٥٤٨).

(١) المذهب، ومذهب الحنفية، والشافعية: عدم جواز الجمع بين تقدير الزمن والعمل؛ لأن الإجارة جُوِّزَت للحاجة وفيها غرر يسير، والجمع بين العمل والزمن يزيدها غرراً؛ لأن المستأجر قد ينتهي قبل المدة، وقد تنتهي المدة قبل العمل.
وعن الإمام أحمد: جواز الجمع بين المدة والعمل، لعدم الغرر بل استعجال للعمل وحث عليه، ولأن الأصل في المعاملات الحِلّ. (المصادر السابقة).

(٢) اختلف العلماء في حكم أخذ الأجرة على تعليم العلوم الشرعية:
فالمذهب ـ وهو المفتى به عند الحنفية، ومذهب الشافعية وابن حزم ـ: جواز ذلك، لكن قيد الشافعية والحنابلة: أن تكون مسائل منضبطة.
وأصل المذهب عند الحنفية: عدم الجواز.
وعند المالكية: يجوز مع الكراهة. =

. . . .

. . . .

ثوب أو قصارته، أو ليدل على طريق(١) ونحوه؛ لما في البخاري عن عائشة في حديث الهجرة: «**واستأجر رسول الله ﷺ وأبو بكر رجلاً** [١[**هو عبدالله بن أرقط، وقيل: ابن أريقط، كان كافراً**]١](٢) **من بني الديل هادياً خريتًا**»(٣)، والخريت: الماهر بالهداية(٤)، وإما بالوصف كحمل زبرة حديد وزنها كذا إلى موضع معين، وبناء حائط يذكر[٢] طوله وعرضه وسمكه وآلته.

= (بدائع الصنائع: ٤ / ٤٩١، والدر المختار: ٦ / ٥٥، وحاشية الدسوقي: ٤ / ٨١، ومنح الجليل: ٧ / ٤٨٧، وأسنى المطالب: ٢ / ٤١، والفروع: ٤ / ٤٣٥)، وتأتي الأدلة قريباً.
وأكثر الفقهاء ـ حتى من منع من أخذ الأجرة على تعليم العلوم الشرعية ـ قال بجواز أخذ الجعالة، وأخذ الرزق من بيت المال. (الفروع: ٤ / ٤٣٦).
أما العلوم التي لا يشترط أن يكون فاعلها من أهل القربة – أي الطاعة – كتعليم الخط والحساب ونحو ذلك؛ فيجوز أخذ الأجرة عليه باتفاق الأئمة.

(١) معلوم لا مجهول.

(٢) وفيه استئجار المسلم للكافر هداية الطريق إذا أمنه.

(٣) أخرجه البخاري: (٣ / ٤٨) – الإجارة – باب: استئجار المشركين عند الضرورة، وباب: إذا استأجر أجيراً ليعمل له، (٤ / ٢٥٦) – مناقب الأنصار – باب: هجرة النبي ﷺ إلى المدينة، وابن سعد في الطبقات: (١ / ٢٢٩)، (٣ / ١٧٣)، والبيهقي: (٦ / ١١٨) – الإجارة – باب: جواز الإجارة.

(٤) الذي يهتدي لأخرات المفازة، وهي طرقها الخفية.

[١–١] ساقط من م، ف، ش، ظ وأثبتناها من / هـ، ز.

[٢] في / م، ف بلفظ: (بذكر).

الثَّانِي: مَعْرِفَةُ الأُجْرَةِ،

الشرط (**الثاني: معرفة الأجرة**[١])(١) بما تحصل به معرفة(٢) الثمن؛ لحديث أحمد عن أبي سعيد: «**أن النبي ﷺ نهى [عن]**[٢] **استئجار الأجير حتى يبين**[٣] **له أجره**»(٣)، فإن أجره الدار بعمارتها أو عوض

---

(١) باتفاق الأئمة في الجملة.

(الاختيار: ٢/٥١، والفتاوى الهندية: ٤/٤١٢، والشرح الصغير: ٤/١٥٩، ونهاية المحتاج: ٥/٣٢٢، وكشاف القناع: ٣/٥٥١).

ودليل هذا ما تقدم من الدليل على اشتراط العلم بثمن المبيع. (كتاب البيع)/ باب شروط البيع. وما تقدم من الدليل على اشتراط العلم بالمنفعة.

وأجاز ابن القيم: جهالة الإجارة تبعاً للمدة. (ينظر إعلام الموقعين: ٣/٩٤، ٣٥٤، ٣٥٨)، وتقدم عن شيخ الإسلام في البيع/ باب شروط البيع.

(٢) وتقدم في كتاب البيع.

(٣) أخرجه أحمد: (٣/٥٩، ٦٨، ٧١)، وعبدالرزاق: (٨/٢٣٥ – ح ١٥٠٢٣، ١٥٠٢٤)، وأبو حنيفة كما في جامع المسانيد (٢/١٦، ٤٤)، وأبو داود في المراسيل: (ص ١٣٣)، والبيهقي: (٦/١٢٠) – الإجارة – باب: لا تجوز الإجارة حتى تكون معلومة، ومحمد بن الحسن في الآثار، وإسحاق بن راهويه في مسنده كما في نصب الراية: (٤/١٣١) كلهم من طريق حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة مرفوعاً. =

---

[١] في / س بلفظ: (الاجارة).

[٢] ساقط من / ف. [٣] في / ط بلفظ: (يتبين).

وَتَصِحُّ فِي الأَجِيرِ وَالظِّئْرِ بِطَعَامِهِمِا وَكِسْوَتِهِمَا،

معلوم وشرط عليه عمارتها خارجاً عن الأجرة لم تصح(١)، ولو أجرها بمعين على أن ينفق المستأجر ما يحتاج إليه محتسباً به من الأجرة صح(٢).

(وتصح) الإجارة (**في الأجير والظِّئْر**(٣) **بطعامهما وكسوتهما**)(٤)،

= وإسناده ضعيف لانقاطعه، فإن إبراهيم النخعي لم يسمع من أبي سعيد وأبي هريرة شيئاً، وسأل ابن أبي حاتم أبا زرعة الرازي عن الحديث روي مرفوعاً وموقوفاً، فقال أبو زرعة: الصحيح موقوف عن أبي سعيد. انظر علل الحديث لابن أبي حاتم: (١/٣٦٧).

قلت: والموقوف أخرجه النسائي: (٧/٣٢) - المزارعة - (ح ٣٨٥٧)، وابن أبي شيبة: (٦/٣٠٣) - البيوع - (ح ١١٥٠).

(١) في حاشية العنقري (٢/٢٩٧): «قوله: لم تصح؛ أي للجهالة، قال في جمع الجوامع: إذا آجره الدار ونحوها مدة بعمارتها، ويفعل هذا كثيراً في الأوقاف بالقياس، وقاعدة المذهب: أنه لا يصح؛ لأن الأجرة غير معلومة، والعمارة قد تزيد وقد تنقص، وقد يقول المؤجر: أردت عمارة أحسن من هذا».

(٢) في حاشية العنقري (٢/٢٩٧): «قوله صح؛ لأن الإصلاح على المالك وقد وكله فيه ...».

(٣) الظئر: المرضع. (المطلع: ص ٢٦٤).

(٤) وهذا هو المذهب، ومذهب المالكية؛ لما استدل به المؤلف، ولما ورد عن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: «**كنت أجيراً لابنة غزوان بطعام بطني، وعقبة رجلي، أحطب لهم إذا نزلوا، وأحدو بهم إذا ركبوا**» رواه ابن ماجه =

. . . .

روي عن أبي بكر وعمر وأبي موسى في الأجير[١]، وأما الظئر؛ فلقوله

= وصححه في الزوائد، ولأنه عوض منفعة فقام العرف فيه مقام التسمية.
وإن تشاحا في مقدار الطعام والكسوة رجع في القوت إلى الإطعام في الكفارات، وفي الكسوة إلى أقل ملبوس مثله، أو يحكم العرف.
وعند الحنفية: لا يجوز ذلك في الأجير؛ لما في ذلك من الجهالة في الأجر، ويجوز في الظئر.
وعند الشافعية، وصاحبَيْ أبي حنيفة: لا يجوز ذلك مطلقاً للجهالة، ومن شرط الأجر أن يكون معلوماً.
(الهداية: ٣/ ٢٤١، وشرح الخرشي: ٧/ ١٤، وحاشية الصاوي: ٤/ ٥٥، وكشاف القناع: ٣/ ٥٥٢).
فإن سمى الطعام وقدره، ووصف جنس الكسوة وذرعها؛ جاز بالاتفاق.

(١) ذكره المصنف في كتابه شرح منتهى الإرادات: (٢/ ٣٥٣)، ولفظه: «**روي عن أبي بكر وعمر وأبي موسى أنهم استأجروا الأَجَراء بطعامهم وكسوتهم**» وبهذا اللفظ ذكره قبله ابن قدامة في المغني: (٨/ ٦٨).
وذكر البغوي في شرح السنة: (٨/ ٢٥٩) من طريق ابن أبي نجيح عن أبيه: «**كان مع أبي موسى الأشعري غلام يخدمه بطعام بطنه**».
وروي عن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: «**أكريت نفسي من ابنة غزوان على طعام بطني وعقبة رجلي**» أخرجه ابن ماجه: (٢/ ٨١٧) ـ الرهون ـ (ح ٢٤٤٥)، وعبدالرزاق: (٨/ ٢١٥ ـ ح ١٤٩٤١)، والبيهقي: (٦/ ١٢٠)، وإسناد ابن ماجه صحيح؛ قاله البوصيري في مصباح الزجاجة: (٣/ ٧٦).

. . . .

. . . .

ـ تعالى ـ: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[١]، ويشترط لصحة العقد العلم بمدة الرضاع[٢]، ومعرفة الطفل بالمشاهدة[٣]، وموضع الرضاع[٤]، ومعرفة العوض.

(١) سورة البقرة: الآية ٢٣٣، . ويثبت في الأجير بالقياس عليها.
وقال ابن القيم في زاد المعاد ٥/٨٢٣: «وأما إن أجر الشاة أو البقرة مدة معلومة لأخذ لبنها في تلك المدة؛ فهذا لا يجيزه الجمهور، واختار شيخنا جوازه... كما في الظئر.... وليس هذا داخلاً فيما نهى عنه النبي ﷺ من بيع الغرر؛ لأن الغرر تردد بين الوجود والعدم فنُهي عن بيعه؛ لأنه من جنس القمار... كما في بيع العبد الآبق والجمل الشارد... فأما إذا كان شيئاً معروفاً بالعادة؛ كمنافع الأعيان بالإجارة مثل منفعة الأرض والدابة، ومثل لبن الظئر المعتاد، ومثل الثمر والزروع المعتاد؛ فهذا كله من باب واحد وهو جائز».
وقوله: ﴿بِالْمَعْرُوفِ﴾ أي: على قدر الميسرة، وبما جرت به عادة أمثالهن في بلدهن من غير إسراف ولا إقتار.

(٢) لأنه لا يمكن تقديره إلا بها.

(٣) في الإنصاف مع الشرح الكبير (١٤/٢٨٩): «ومنها – أي الفوائد – لا تشترط رؤية المرتضع، بل تكفي صفته جزم به في الرعايتين والفائق، قلت: وهو الصواب».

(٤) هل هو عند المرضعة أو وليه؟ لأنه يختلف فيشق عليها في بيت المستأجر ويسهل في بيتها. (المصدر السابق).

. . . .

وَإِنْ دَخَلَ حَمَّاماً أَوْ سَفِينَةً أَوْ أَعْطَى ثَوْبَهُ قَصَّاراً أَوْ خَيَّاطاً بِلاَ عَقْدٍ؛ صَحَّ بِأَجْرَةِ العَادَةِ.

(**وإن دخل حماماً أو سفينة**) بلا عقد (**أو أعطى ثوبه قصاراً أو خياطاً**)[(١)] ليعملاه (**بلا عقد صح بأجرة العادة**)؛ لأن العرف الجاري بذلك يقوم مقام القول، وكذا لو دفع متاعه لمن يبيعه أو استعمل حمالاً ونحوه[(٢)] فله أجرة مثله، ولو لم يكن له عادة بأخذ الأجرة[(٣)].

---

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور العلم؛ لما استدل به المؤلف.
وعند الشافعية: لا يصح بناء على عدم انعقاد الإجارة بالمعاطاة. (تقدم في أول باب الإجارة).
(٢) كدلال، وحجَّام، ومُكاري.
قال ابن القيم في زاد المعاد (٥/ ١١٩): «... وقواعد أحمد ـ رحمه الله ـ: أن الشرط العرفي كاللفظي سواء، ولهذا أوجبوا الأجرة على من دفع ثوبه إلى غسال أو قصار، أو عجينه إلى خباز، أو طعامه إلى طباخ، يعملون بالأجرة، أو دخل الحمام، أو استخدم من يغسله ممن عادته يغسل بالأجرة ونحو ذلك، ولم يشرط لهم أجرة أنه يلزمه أجرة المثل».
وقال ـ أيضاً ـ: «إن قال: إن ركبت هذه الدابة إلى أرض كذا؛ فلك عشرة، أو إلى أرض كذا ولك خمسة عشر، أو إن خطت هذا القميص اليوم فلك درهم، أو غداً فنصف درهم، أو زرعت أرضي حبًّا فمائة، أو شعيراً فمائتان هذا كله جائز صحيح ... بل الثابت عنهم – أي الصحابة – جوازه كما ذكره البخاري عن عمر: «إنه إذا دفع أرضه إلى من يزرعها قال: إن جاء عمر بالبذر؛ فله كذا، وإن جاؤا به، فلهم كذا» ولم يخالفه صحابي.
(٣) وهذا هو المذهب. =

. . . .

الثَّالثُ: الإِبَاحَةُ فِي العَيْنِ، فَلاَ تَصِحُّ عَلَى نَفْعٍ مُحَرَّمٍ؛ كَالزِّنَا وَالزَّمْرِ وَالغِنَاء وَجَعْلِ دَارِهِ كَنِيسَةً أَوْ لِبَيْعِ الـخَمْرِ،

الشرط (**الثالث: الإباحة في**) نفع (**العين**) المقدور عليه[1] المقصود، كإجارة دار يجعلها مسجداً، وشجر لنشر ثياب أو قعوده بظله، (**فلا تصح**) الإجارة (**على نفع محرم؛ كالزنا والزمر والغناء وجعل داره كنيسة أو لبيع الخمر**)[2]؛

= واشترط ابن قدامة: أن يكون لهم عادة بأخذ الأجرة.
وقيل: لا أجرة لهما مطلقاً. (المقنع مع الإنصاف والشرح الكبير: ١٤ / ٢٩٠، ٢٩١).

(١) أو صومعة، أو بيعة، أو بيت نار؛ لأن ذلك إعانة على المعصية.

(٢) وهذا باتفاق الأئمة في الجملة؛ لقول الله ـ تعالى ـ: ﴿**وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ**﴾، ولقول الله ـ تعالى ـ: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ**﴾، وأخذ الأجرة على عمل محرم شرعاً أكل للمال بالباطل.
ولما ثبت في الصحيحين أن النبي ﷺ قال: «**قاتل الله اليهود إن الله لما حرم شحومها حملوه، ثم باعوه، فأكلوا ثمنه**» والأجرة كالثمن، فأخذ الأجرة على ما هو محرم حرام.
(تبين الحقائق: ٥ / ١٢٥، والفتاوى الهندية: ٤ / ٤٤٩، والشرح الكبير للدردير: ٤ / ١٨، وتكملة المجموع: ١٣ / ٥٦٩، والمغني مع الشرح الكبير: ٦ / ١٣٤، والمحلى: ٨ / ١٩١).
فـرع: عند جمهور أهل العلم: عدم جواز أخذ الأجرة على نقل الأشياء المحرمة؛ كالخمر والخنزير، وفي الفتاوى الهندية ٤ / ٤٤٩: «إذا استأجر =

. . . .

لأن المنفعة المحرمة مطلوب[١] إزالتها والإجارة تنافيها، وسواء شرط ذلك في العقد أو لا إذا ظن الفعل(١).

ولا تصح إجارة طير ليوقظه للصلاة؛ لأنه غير مقدور عليه(٢)(٣)، ولا شمع وطعام ليتجمل به ويرده، ولا ثوب يوضع على نعش ميت(٤)،

= رجلاً ليحمل له الخمر؛ فله الأجر في قول أبي حنيفة.... إذا استأجر الذي من المسلم بيتاً ليبيع فيه الخمر؛ جاز عند أبي حنيفة.... لو استأجر الذمي مسلماً ليبني له بيعة أو كنيسة؛ جاز.... استأجر ذمي من ذمي أو مسلم بيعة يصلي فيها؛لم يجز». وحجته: أن الحمل والبناء ليس معصية.

(١) لأنه فعل محرم.

(٢) وهذا باتفاق الأئمة، فلا يصح إجارة ما لا يقدر عليه على استيفاء المنفعة منه، فلا تصح إجارة الدابة الفارة، ولا المغصوب من غير الغاصب، ولا الأقطع والأشل للخياطة بنفسه.

(الفتاوى الهندية: ٤ / ٤١١، ومنهاج الطالبي: ٣ / ٦٩، وحاشية الدسوقي: ٤ / ٢٠، والمحرر: ١ / ٣٥٦).

لكن الأقرب: أن إجارة الدابة الفارة لمن يقدر على تحصيلها جائز، لانتفاء الغرر، وكذا المغصوب من غير الغاصب.

ويأتي اشتراط القدرة على المنفعة قريباً في الفصل الآتي.

(٣) وتصح إجارة طير الصيد؛ لأنه نفع مباح متقوم.

(٤) لأنه ليس من المنافع المقصودة.

---

[١] في / ط. بلفظ: (مطلوبة).

وَتَصِحُّ إِجَارَةُ حَائِطٍ لِوَضْعِ أَطْرَافِ خُشُبِهِ عَلَيْهِ،

ذكره في «المغني»[١] و «الشرح»[٢]. ولا نحو تفاحة لشم[٣].

(**وتصح إجارة حائط لوضع أطراف خُشُبِه**) المعلوم (**عليه**) لإباحة ذلك[٤].

---

(١) المغني: (٨/ ١٢٩)، وفيه: «لأن الإجارة عقد على المنافع، وهذه لا ينتفع بها إلا بإتلاف عينها».

(٢) الشرح الكبير مع الإنصاف: (١٤/ ٣٢٣).

(٣) وهذا باتفاق الأئمة في الجملة: أنه يشترط في المنفعة أن تكون متقومة مقصودة الاستيفاء في العقد.

(بدائع الصنائع: ٤/ ١٧٥، والفتاوى الهندية: ٤/ ٤١١، والشرح الصغير: ٣/ ١٦٠، وحاشية الدسوقي: ٤/ ٢٠، وحاشية القليوبي: ٣/ ٦٩، والمحرر: ١/ ٣٥٦).

وفي الإنصاف مع الشرح الكبير (١٤/ ٣٢٢): «ومنع في المغني إجارة نقد أو شمع للتجمل، وثوب لتغطية نعش، وما يسرع فساده كرياحين، قال في الترغيب وغيره: وتفاحة للشم بل عنبر وشبهه، وظاهر كلام جماعة جواز ذلك».

(٤) إن لم يتعين ذلك على الجار المؤجر، فإن تعين عليه؛ وضع خشب جاره على جداره وجب عليه ذلك، ولا يجوز أخذ الأجرة، وتقدم في باب الصلح.

ونص المؤلف على هذه المسألة مع وضوحها؛ لأن المدة مجهولة، وسقط وجوب تعيينها للحاجة.

. . . .

وَلاَ تُؤَجِّرُ الـمَرْأَةُ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إِذْنِ زَوْجِهَا.

(**ولا تؤجر المرأة نفسها**) بعد عقد النكاح عليها (**بغير إذن زوجها**)[1] لتفويت حق الزوج.

* * *

---

(١) تأجير الزوجة نفسها لا يخلو من أمرين إذا لم يكن محظور شرعي:

الأول: أن يكون على مدة: من ساعة كذا إلى ساعة كذا، فلا يجوز إلا بإذن الزوج لما علل به المؤلف.

الثاني: أن يكون على عمل؛ كخياطة ثوب ونحو ذلك، فيجوز لعدم تفويت حق الزوج؛ بشرط عدم ضرر الزوج.

* * *

فصلٌ

وَيُشْتَرَطُ فِي العَيْنِ المُؤَجَّرَةِ مَعْرِفَتُهَا بِرُؤْيَةٍ أَوْ صِفَةٍ،فِي غَيْرِ الدَّارِ وَنَحْوِهَا،

فصل(١)

(**ويشترط في العين المؤجرة**) خمسة شروط:

أحدها: (**معرفتها برؤية أو صفة**)(٢)[١][إن انضبطت بالوصف، ولهذا قال: (**في غير الدار ونحوها**)]١ مما لا يصح فيه[٢] السلم(٣)، فلو استأجر حماماً فلابد من رؤيته؛ لأن الغرض[٣] يختلف بالصغر

---

(١) أي: في بيان أحكام العين المؤجرة، وما يتعلق بذلك.

(٢) وهذا هو المذهب، وهو قول أكثر أهل العلم: يشترط معرفة العين المستأجرة بالمشاهدة إن كانت لا تنضبط بالوصف، أو بالصفة إن كانت تنضبط بها قياساً على البيع.

والوجه الثاني: يجوز بدونه، وهو مذهب أبي حنيفة، وللمستأجر خيار الرؤية.(حاشية ابن عابدين ٩ /٧، وحاشية الدسوقي ٤ /٣، والمنهاج مع مغني المحتاج ٢ /٣٣٤).

وتقدم هذا في البيع في شروط صحة البيع، وتقدم عن شيخ الإسلام: أنه إذا اشترى شيئاً بلا رؤية ولا وصف؛ صح بثمن المثل. (الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٤ /٣٣٢).

(٣) كالبساتين والأراضي والنخيل فتُشترط مشاهدته كما تقدم.

[١-١] ساقط / ف.

[٢] في / ط. بلفظ: (السلم فيه).

[٣] في / ف. بلفظ: (العوض)

وَأَنْ يَعْقِدَ عَلَى نَفْعِهَا دُونَ أَجْزَائِهَا ؛

والكبر، ومعرفة مائه ومشاهدة الإيوان[١] ومطرح الرماد ومصرف الماء، وكره أحمد كراء الحمام؛ لأنه يدخله من تنكشف عورته فيه[٢].

(و) الشرط الثاني: (**أن يعقد على نفعها**) المستوفى (**دون أجزائها**)[٣]

---

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية.

وعند المالكية: تصح إجارة الدار ونحوها بالرؤية السابقة التي لا تتغير بعدها، أو بوصف ولو من المكري، أو على خيار بالرؤية. (حاشية الدسوقي ٢ / ٤٤، ومغني المحتاج ٢ / ٣٢١، والمحرر ١ / ٣٥٦).

(٢) في المغني (٨ / ٢٤): «قال ابن حامد: هذا على طريق الكراهة تنزيهاً لا تحريماً؛ لأنه تبدو فيه عورات الناس، فتحصل الإجارة على فعل محظور فكرهه لذلك، فأما العقد؛ فصحيح وهذا قول أكثر أهل العلم، قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن كراء الحمام جائز؛ إذا حدده وذكر جميع آلته شهوراً مسماة، وهذا قول مالك، والشافعي، وأبي ثور، وأصحاب الرأي؛ لأن المكتري إنما يأخذ الأجر عوضاً عن دخول الحمام والاغتسال بمائه، وأحوال المسلمين محمولة على السلامة وإن وقع من بعضهم فعل ما لا يجوز؛ لم يحرم الأجر المأخوذ منه، كما لو اكترى داراً ليسكنها فشرب فيها خمراً».

(٣) وهذا قول جمهور أهل العلم؛ لما علل به المؤلف.

وحكى ابن رشد من جوز الإجارة مع استهلاك العين، وتقدم قريباً في أول الباب مورد عقد الإجارة هل هو المنافع أو الأعيان؟.

(بدائع الصنائع: ٤ / ١٧٥، وبداية المجتهد: ٢ / ٤١٩، وحاشية الدسوقي: ٤ / ١٦، ومنهاج الطالبين: ٣ / ٦٨، والمحرر: ١ / ٣٥٦). =

فَلاَ تَصِحُّ إِجَارَةُ الطَّعَامِ للأَكْلِ، وَلاَ الشَّمْعِ لِيُشْعِلَهُ،

لأن الإجارة هي بيع المنافع فلا تدخل الأجزاء فيها، (**فلا تصح إجارة الطعام للأكل ولا الشمع ليشعله**)(١)، ولو أكرى شمعة ليشعل [منها][١] ويرد بقيتها وثمن[٢] ما ذهب وأجر الباقي؛ فهو فاسد(٢)،

= وفي الإنصاف مع الشرح الكبير (١٤/٣٢٨): «ولا تصح إلا بشروط خمسة: أحدها: أن يعقد على نفع العين دون أجزائها، فلا تصح إجارة الطعام للأكل، ولا الشمع ليشعله على الصحيح من المذهب ... وقال الشيخ تقي الدين: ليس هذا بإجارة، بل هو إذن في الإتلاف؛ وهو شائع، كقوله: من ألقى متاعه، قال في الفائق: وهو المختار، ثم قال: قلت: وهو مشابه لبيعه من الصبرة كل قفيز بكذا، ولو أذن في الطعام بعوض كالشمع فمثله.
وقال في الفروع: وجعله شيخنا - يعني إجارة الشمع - ليشعله مثل كل شهر بدرهم فمثله في الأعيان نظير هذه المسألة في المنافع، ومثله: كلما أعتقت عبداً من عبيدك؛ فعليَّ ثمنه فإنه يصح وإن لم يبين العدد والثمن، وهو إذن في الانتفاع بعوض، واختار جوازه وأنه ليس بلازم بل جائز؛ كجعالة، وكقوله: ألق متاعك في البحر وعليَّ ضمانه جائز، ومن ألقى كذا؛ فله كذا ...».
وقال ابن القيم: «إن قال: بعتك من هذه الشمعة كل أوقية منها بدرهم قل المأخوذ منها أو كثر؛ فهذا جائز ... واختاره شيخنا، وهو الصواب المقطوع به ... بل عمل الناس في أكثر بيعاتهم عليه ...» (إعلام الموقعين: ٣/٣٥٣).
(١) أو الصابون لغسل، ونحو ذلك.
(٢) قالوا: لأنه يشمل بيعاً وإجارة، وما وقع عليه البيع مجهول، وإذا جهل المبيع؛ جهل المستأجر.

---

[١] ساقط من / م، ف.

[٢] في / م، ف. بلفظ: (أو ثمن).

وَلاَ حَيَوَانٍ لِيَأْخُذَ لَبَنَهُ، إلا فِي الظِّئْرِ

(ولا حيوان ليأخذ لبنه) أو صوفه أو شعره أو وبره[1] (إلا في الظئر)

---

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ فلا يصح أن يستأجر شاة لأخذ لبنها؛ لأن المقصود الأصلي في عقد الإجارة المنفعة، لا الأعيان، وهنا المقصود العين، وهي لا تملك ولا تستحق بإجارة.

وفي قول عند الحنابلة، واختاره شيخ الإسلام: جواز استئجار الحيوان للبنه، ويأتي. وتقدم كلام ابن القيم عند قول المؤلف: «وتصح الإجارة في الأجير والظئر.....».

(الفتاوى الهندية: ٤ / ٤٤٥، وبداية المجتهد: ٢ / ٢٤٥، ومنهاج الطالبين: ٣ / ٦٨، والشرح الكبير مع الإنصاف: ١٤ / ٣٢٩).

وفي الإنصاف مع الشرح الكبير (١٤ / ٣٢٩): «واختار الشيخ تقي الدين: جواز إجارة قناة مدة، وماء فائض بركة رأياه، وإجارة حيوان لأجل لبنه، قام به هو أو ربه، فإن قام عليها المستأجر وعلفها فكاستئجار الشجر، وإن علفها ربها ويأخذ المشتري لبناً مقدراً فبيع محض، وإن كان يأخذ اللبن مطلقاً فبيع أيضاً، وليس هذا بغرر، ولأن هذا يحدث شيئاً فشيئاً، فهو بالمنافع أشبه فإلحاقه بها أولى، ولأن المستوفى بعقد الإجارة على زرع الأرض هو عين من أعيان وهو ما يحدثه الله من الحب بسقيه وعمله، وكذا مستأجر الشاة للبنها مقصوده ما يحدثه الله ـ تعالى ـ من لبنها بعلفها، والقيام عليها، فلا فرق بينهما، والآفات والموانع التي تعرض للزرع أكثر من آفات اللبن، ولأن الأصل في العقود الجواز والصحة، قال: وكظئر» ا.هـ.

. . . .

وَنَقْعِ البِئْرِ وَمَاءِ الأَرْضِ يَدْخُلاَنِ تَبَعاً، وَالقُدْرَةُ عَلَى التَّسْلِيمِ، فَلاَ تَصِحُّ إِجَارَةُ

فيجوز وتقدم[١]، (**ونقع البئر**) أي: ماؤها المستنقع فيها (**وماء الأرض يدخلان تبعاً**)[٢] كحبر ناسخ، وخيوط خياط، وكحل كاحل، ومرهم طبيب ونحوه[٣].

(و) الشرط الثالث: (**القدرة على التسليم**) كالبيع[٤]، (**فلا تصح إجارة**)

---

(١) عند قول المؤلف: «وتصح الإجارة في الأجير والظئر بطعامها وكسوتهما»، وفي حاشية العنقري (٢/٣٠٥): ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ والفرق بينها وبين البهائم: أنه يحصل منها عمل من وضع الثدي في فم المرتضع ونحوه، بخلاف البهيمة».
وقال ابن القيم: «ليس المعقود عليه إلقام الثدي، أو وضعه في الحجر أو نحو ذلك؛ بل وسيلة إلى المقصود ولا قيمة له أصلا، والمقصود هو اللبن وقواه بعشرة أوجه ... وقياس الشاة والبقرة والناقة للانتفاع بلبنها على الظئر أصح وأقرب إلى العقل من قياسها على إجارة الخبز للأكل» (زاد المعاد: ٥/٨٢٣).

(٢) لا أصالة، فلو غار الماء؛ لم تنفسخ الإجارة، وهذا هو المذهب.
(الإنصاف مع الشرح الكبير: ١٤/٣٣٠، والإقناع مع شرحه: ٣/٣٦٥).

(٣) مع أن هذه الأشياء تذهب عينها، لكن جاز هذا تبعاً، ويثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً.

(٤) وهذا باتفاق الأئمة؛ لقوله ـ تعالى ـ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنصَابُ وَالأَزْلاَمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ والعين=

الآبِقِ وَالشَّارِدِ، وَاشْتِمَالُ العَينِ عَلَى الـمَنْفَعَةِ، فَلاَ تَصِحُّ إِجَارَةُ بَهِيمةٍ زَمِنَةٍ الْحَمْلِ،

العبد (**الآبق و**) الجمل (**الشارد**)(١) والطير في الهواء، ولا المغصوب[١] ممن لا يقدر على أخذه، ولا إجارة المشاع مفرداً لغير الشريك(٢)،

= المؤجرة إذا لم يقدر على تسليمها، فالدخول في عقد الإجارة من الميسر؛ لأن كلاً من المستأجر والمؤجر إما غانم أو غارم. ولحديث أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ: «**نهى عن بيع الغرر**» رواه مسلم.
(الفتاوى الهندية: ٤/ ٤١١، وحاشية الدسوقي: ٤/ ٢٠، ومنهاج الطالبين وحاشيته: ٣/ ٦٩، والمحرر: ١/ ٣٥٦).

(١) تقدم في البيع صحة بيع العبد الآبق، والجمل الشارد ممن يقدر على تحصيلهما، وكذا صحة بيع الطير في الهواء إذا ألف الرجوع. (كتاب البيع/ شروط صحة البيع).

(٢) إجارة العين للشريك جائزة بالاتفاق.
وإن كانت الإجارة لغير الشريك، فالمذهب ـ وبه قال أبو حنيفة ـ: أنه لا تجوز إجارة المشاع لغير الشريك؛ لأن استيفاء المنفعة في الجزء الشائع لا يتصور إلا بتسليم الباقي، وذلك غير متعاقد عليه، والاستيفاء بالمهايأة لا يمكن على الوجه الذي يقتضيه العقد، إذ التهايؤ بالزمن انتفاع بالكل بعض المدة، والتهايؤ بالمكان انتفاع يكون بطريق البدل عما في يد صاحبه، وهذا ليس من مقتضى العقد.
وعند المالكية، والشافعية: جواز إجارة المشاع لغير الشريك؛ لأن الإجارة أحد نوعي البيع فتجوز إجارة المشاع كما يجوز بيعه، والمشاع مقدور الانتفاع بالمهايأة، ولأنه يجوز إذا فعله الشريكان معاً، فجاز لأحدهما =

---

[١] في / ف. بلفظ: (مغصوب).

وَلاَ أَرْضٍ لاَ تُنْبِتُ لِلزَّرْعِ،

ولا يؤجر مسلم لذمي ليخدمه، وتصح لغيرها[١].

(و) الشرط الرابع: اشتمال العين على المنفعة، فلا تصح إجارة بهيمة زمنة[٢] للحمل، **(ولا أرض لا تنبت للزرع)** لأن الإجارة عقد

= فعله في نصيبه مفرداً كالبيع.

(بدائع الصنائع: ٤ /١٨٧، والشرح الصغير: ٤ /٥٩، والمهذب: ١ /٣٩٥، وشرح الروض: ٢ /٢٠٩، والمغني: ٨ /١٣٤).

(١) تأجير المسلم نفسه لذمي ينقسم إلى قسمين:

الأول: أن يكون للخدمة؛ كتقديم الطعام له، والوقوف بين يديه، وكنس بيته، ونحو ذلك.

فالمذهب ـ ومذهب المالكية ـ: عدم الجواز، لأنه عقد يتضمن حبس المسلم عند الكافر، وإذلاله في خدمته.

وعند الحنفية والشافعية: تصح مع الكراهة، لكن عند الشافعية يؤمر وجوباً بإجارته لمسلم، وللحاكم منعه من خدمة الكافر، فلا يجوز لمسلم خدمة كافر.

الثاني: أن يكون لغير الخدمة كالبناء، والخياطة، والحرث، فيجوز باتفاق الأئمة؛ لأن الأصل في المعاملات الحل، ولأن عليًّا أجر نفسه من يهودي كل دلو بتمرة.

(بدائع الصنائع: ٤ /١٨٩، وشرح الخرشي: ٧ /١٩، والشرح الصغير: ٤ /٣٥، وحاشية القليوبي: ٣ /٦٧، والمغني: ٨ /٨٩).

(٢) وفي المصباح (١ /٢٥٦): «زَمِنَ الشخص من باب تَعِب، وهو مرض يدوم طويلاً».

وَأَنْ تَكُونَ الـمَنْفَعَةُ لِلْمُؤْجِرِ أَوْ مَأْذُوناً لَهُ فِيهَا، وَتَجُوزُ إِجَارَةُ العَيْنِ

على المنفعة، ولا يمكن تسليم هذه المنفعة من هذه العين[١].

(و) الشرط الخامس: (**أن تكون المنفعة**) مملوكة (**للمؤجر أو مأذوناً**[٢] **له فيها**)، فلو تصرف فيما لا يملكه بغير إذن مالكه لم يصح كبيعه[٣].

(**وتجوز إجارة العين**) المؤجرة[٤] . . . .

---

(١) وهذا باتفاق الأئمة:
(انظر: بدائع الصنائع: ٤ /١٥٧، وبداية المجتهد: ٢ /٤١٩، وحاشية الدسوقي: ٤ /١٦، والمهذب: ١ /٣٩٩، ومنهاج الطالبين: ٣ /٦٨، والمحرر: ١ /٣٥٦).

(٢) كوكيل، ووصيّ، ووليّ، وناظر.

(٣) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية، فلا ينفذ تصرف الفضولي في الإجارة كالبيع.
وعند الحنفية والمالكية: ينفذ تصرف الفضولي كالبيع.
وتقدم الكلام عليه في المجلد السادس/ شروط صحة البيع.

(٤) تأجير العين المستأجرة لا يخلو من أمرين:
الأول: أن يكون بعد القبض، فالمذهب، ومذهب المالكية، والشافعية: صحة تأجير العين المؤجرة، سواء كانت الأجرة الثانية مساوية للأولى، أم زائدة، أم ناقصة؛ لحديث عائشة: مرفوعاً: **«الخراج بالضمان»** رواه أهل السنن، وصححه الترمذي، فكما أن عليه ضمان المنافع؛ فله خراجها ولأن الإجارة بيع فله أن يبيع بمثل الثمن أو أنقص، أو أزيد. =

. . . .

لِمَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ،

. بعد قبضها[١] إذا أجرها المستأجر (**لمن يقوم مقامه**) في الانتفاع أو

= وعند الحنفية: يجوز تأجير العين المؤجرة إذا كانت مما لا يتفاوت الناس في الانتفاع به، وتجوز الزيادة في الإجارة الثانية، لكن إن اتحد جنس الأجرتين؛ فإن ا لزيادة لا تطيب للمستأجر، وعليه أن يتصدق بها، وإن لم يتحد جنس الأجرتين أو أحدث زيادة في العين المستأجرة فتطيب الزيادة؛ لأنها في مقابل الزيادة المستحدثة.

وعن الإمام أحمد: أن المستأجر لا يملك تأجير:العين المؤجرة؛ لأن النبي ﷺ: «**نهى عن ربح ما لم يضمن**» من حديث عبدالله بن عمرو ـ رضي الله عنهما ـ وأخذ المستأجر زيادة على ما استأجر به من ذلك؛ لأن المنافع لم تدخل في ضمانه بدليل أنها لو انهدمت الدار؛ لم تلزمه الأجرة.

ونوقش: بعد التسليم، بل داخلة في ضمانه، بدليل أنها لو فاتت من غير استيفاء كانت من ضمانه.

(١) **الأمر الثاني**: أن يكون قبل القبض، فالمصحح عند الحنابلة ـ وبه قال أبو حنيفة، والمالكية ـ: الجواز مطلقاً؛ لأن المعقود عليه المنافع، وهي لا تصير مقبوضة بقبض العين، فلا يؤثر فيها القبض.

والمصحح عند الشافعية ـ وهو وجه عند الحنابلة ـ: أن المستأجر لا يملك إجارة العين قبل قبضها إلا من المؤجر، قياساً على البيع حيث لا يصح بيع المبيع قبل قبضه، ويصح للمؤجر؛ لأن العين في قبضته، فلا يتعذر عليه.

(الفتاوى الهندية: ٤ / ٤٢٥، وحاشية رد المختار: ٦ / ٢٨، والمدونة: ٤ / ٤٣٤، والإشراف: ٢ / ٧٥، والكافي: ٢ /٧٤٨، وحلية العلماء: ٥ / ٤٠١، والمهذب: ١ / ٤١٠، والمغني: ٨ / ٥، والمحرر: ١ /٣٥٧، والفروع: ٤ / ٤٤٥، والإنصاف: ٦ / ٣٤).

. . . .

لاَ بِأَكْثَرَ مِنْهُ ضَرَراً؛

دونه؛ لأن المنفعة لما كانت مملوكة له ـ جاز له أن يستوفيها بنفسه ونائبه(١)، (لا بأكثر منه ضرراً)(٢) لأنه لا يملك أن يستوفيه بنفسه فبنائبه[١] أولى، وليس للمستعير أن يؤجر إلا بإذن مالك(٣) والأجرة له.

---

(١) لأن موجب عقد الإجارة ملك المنفعة، والتسلط على استيفائها بنفسه وبمن يقوم مقامه. (كشاف القناع ٣/٥٦٥).

(٢) وهذا باتفاق الأئمة.

فمن اكترى أرضاً لزرع بر؛ فله زرع شعير ونحوه مما ضرره أقل من ضرر الحنطة، ولا يجوز أكثر منه ضرراً كذرة وقطن. (المصادر السابقة).

وإن تقبل أجير عملاً في ذمته بأجرة كخياطة أو غيرها، فلا بأس أن يقبله غيره بأقل منها، ولو لم يعن فيه بشيء. (كشاف القناع ٣/٥٦٦).

(٣) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لأن الإعارة تفيد إباحة الانتفاع دون تمليك النفع، فلا يملك تمليكها لغيره بالإجارة.

وعند المالكية: أن المستعير يملك إجارة العارية، لأن المستعير مالك للانتفاع بالعارية بنفسه، فله تأجيرها لغيره؛ لأن من ملك شيئاً؛ ملك تمليكه لغيره.

ونوقش: بعدم التسليم، بل العارية تفيد إباحة الانتفاع دون التملك.

(تحفة الفقهاء: ٣/١٧٩، والاختيار: ٣/٥٦، والتفريع: ٢/٢٦٩، والفروق: ١/١٨٧، وروضة الطالبين: ٥/٢٥٦، والفروع: ٤/٤٧٤، والمبدع: ٥/٨١).

---

[١] في / ظ. بلفظ: (فنائبه).

وتَصِحُّ إِجَارَةُ الوَقْفِ، فَإِنْ مَاتَ الـمُؤْجِرُ وَانْتَقَلَ إِلَى مَنْ بَعْدَهُ لَمْ تَنْفَسِخْ،

(**وتصح إجارة الوقف**)[١] لأن منافعة مملوكه للموقوف عليه، فجاز له إجارتها كالمستأجر، (**فإن مات المؤجر فانتقل**) الوقف (**إلى من بعده لم تنفسخ**)[٢] لأنه أجر ملكه في زمن ولايته، فلم تبطل بموته، كمالك الطلق.

---

(١) باتفاق الأئمة. (المصادر الآتية).

(٢) مؤجر العين الموقوفة لا يخلو من حالتين:

الأولى: ألا يكون من أهل استحقاق الريع، فإذا مات فلا أثر لموته على عقد الإجارة، ولا ينفسخ عقدها بموته باتفاق الأئمة؛ لأن الناظر إنما أجر بطريق الولاية، ومن يلي النظر بعده إنما يملك التصرف فيما لم يتصرف فيه الأول.

الثانية: أن يكون من أهل استحقاق الريع:

فالمذهب: أن عقد الإجارة لا يتأثر بموت العاقد المستحق إلا إذا كان قد أجره بأصل الاستحقاق.

وعند المالكية ـ وهو قول للشافعية ـ: أن ينفسخ بموته مطلقاً.

وعند الحنفية وهو قول للشافعية: أنه لا ينفسخ مطلقاً.

(فتاوى قاضي خان: ٣ / ٣٣٤، والشرح الكبير: ٢ / ٢٨٢، ومواهب الجليل: ٦ / ٣٣٤، والمهذب: ١ / ٤٠٧، والفروع: ٤ / ٣٤٣، والتنقيح: ص ٦٤).

. . . .

وَلِلثَّانِي حِصَّتُهُ مِنَ الأُجْرَةِ،

(وللثاني حصته من الأجرة) من حين موت الأول(١)، فإن كان قبضها؛ رجع في تركته بصحته؛ لأنه تبين[١] عدم استحقاقه لها(٢)، فإن تعذر أخذها، فظاهر كلامهم أنها تسقط، قاله في «المبدع»(٣)(٤)

---

(١) أو حين انتقال الاستحقاق كمن وقف داراً على ابنته ما دامت عزباً، ثم على زيد فآجرتها مدة وتعجلت الأجرة ثم تزوجت في أثنائها؛ فيأخذ زيد ما يقابل استحقاقه.

(٢) أي: فإن كان المؤجر قبض الأجرة رجع الثاني المستحق للمنافع في تركة المؤجر الأول بحصته من الاستحقاق.

وفي الإنصاف مع الشرح الكبير (١٤/ ٣٤٦): «وقال الشيخ تقي الدين: إن كان قبضها المؤجر رجع بذلك في تركته، فإن لم تكن تركة فأفتى بعض أصحابنا بأنه إذا كان الموقوف عليه هو الناظر فمات فللبطن الثاني فسخ الإجارة، والرجوع بالأجرة على من هو في يده» ا.هـ.

وقال ـ أيضاً ـ: «والذي يتوجه ـ أولاً ـ أنه لا يجوز سَلَف الأجرة للموقوف عليه؛ لأنه لا يستحق المنفعة المستقبلة، ولا الأجرة عليها، فالتسليف لهم قبض ما لا يستحقونه بخلاف المالك، وعلى هذا فللبطن الثاني أن يطالبوا بالأجرة المستأجر؛ لأنه لم يكن له التسليف، ولهم أن يطالبوا الناظر».

(٣) أي فإن لم تقبض الأجرة فالمنتقل إليه الاستحقاق يأخذ حصته من مستأجر؛ لعدم براءته منها.

(٤) ٥/ ٨٢.

---

[١] في /ط. بلفظ: (يتبين).

. . . .

وإن لم تقبض فمن مستأجر، وقدم في «التنقيح»(١) أنها تنفسخ إن كان المؤجر الموقوف عليه بأصل الاستحقاق(٢)، وكذا حكم مقطع أجر إقطاعه ثم أقطع لغيره(٣)، وإن أجر الناظر العام[١] أو من شرط له وكان أجنبيًّا لم تنفسخ الإجارة بموته ولا عزله(٤)، وإن أجر الولي اليتيم أو

(١) ص (٢٢١).

(٢) وهو من يستحق النظر؛ لكونه موقوفاً عليه ولم يشترط الواقف ناظراً، والمراد فيما بقي من المدة؛ لأنه آجر ملكه وملك غيره، فصح في ملكه دون ملك غيره.
وفي الإنصاف مع الشرح الكبير (١٤ / ٣٤٤): «وتجوز إجارة الوقف، فإن مات المؤجر فانتقل إلى من بعده؛ لم تنفسخ الإجارة في أحد الوجهين... وهو المذهب على ما اصطلحناه ... والوجه الثاني: تنفسخ، جزم به القاضي ... واختاره ابن عقيل ... والشيخ تقي الدين وغيرهم، قال الشيخ تقي الدين: هذا أصح الوجهين ....قال ابن رجب في قواعده: وهو المذهب الصحيح؛ لأن الطبقة الثانية تستحق العين بمنافعها تلقياً عن الواقف بانقراض الطبقة الأولى، قدمه في الرعاية الصغرى ... قلت: وهو الصواب، وهو المذهب ....».

(٣) أي: وكحكم موقوف عليه حكم مقطع أرضاً وغيرها إقطاع نفع أجر إقطاعه مدة، ثم انتقل ما أجره إلى غيره.

(٤) في الإنصاف مع الشرح الكبير (١٤ / ٣٤٥): «محل الخلاف المتقدم =

[١] في / س، هـ. بزيادة لفظ: (الأعم).

. . . .

ماله، أو السيد العبد ثم بلغ الصبي ورشد، وعتق العبد أو مات الولي أو عزل؛لم تنفسخ الإجارة(١)،إلا أن يؤجره مدة يعلم بلوغه [أو عتقه][١](٢)

= إذا كان المؤجر هو الموقوف عليه بأصل الاستحقاق، فأما إن كان المؤجر هو الناظر العام، أو من شرط له وكان أجنبيًّا؛ لم تنفسخ الإجارة بموته قولاً واحداً، قاله المصنف والشارح والشيخ تقي الدين».
لقول الله ـ تعالى ـ: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾.

(١) وهذا هو المذهب، لقوله الله ـ تعالى ـ: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾؛ ولأنه عقد لازم بحق الولاية فلم يبطل بالبلوغ كما لو باع داره أو زوجه.
وفي الإنصاف: «ويحتمل أن تنفسخ وهو وجه في الصبي، وتخريج في العبد من الصبي، قال في القاعدة الرابعة والثلاثين: وعند الشيخ تنفسخ إلا أن يستثنيها في العتق، فإن له استثناء منافعه بالشروط، والاستثناء الحكمي أقوى، بخلاف الصبي إذا بلغ ورشد، فإن الولي تنقطع ولايته عنه بالكلية، فعلى المذهب: لا يرجع العتيق على سيده بشيء من الأجرة، وقيل: يرجع بحق ما بقي كما يلزمه نفقته إن لم يشترطها على مستأجر، قال في الفروع: ويتوجه مثله فيما إذا أجره ثم وقفه ... محل الخلاف إذا لم يعلم بلوغه عند فراغها ...».

(٢) قال المرداوي في الإنصاف (١٤ / ٤٣٩): «ويتصور ذلك بأن يعلق عتقه على صفة توجد في مدة الإجارة».

---

[١] ساقط من / ف.

وَإِنْ آجَرَ الدَّارَ وَنَحْوَهَا مُدَّةً وَلَوْ طَوِيلَةً يَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ بَقَاءُ العَيْنِ فِيهَا صَحَّ،

فيها فتنفسخ من حينهما[1](١) (**وإن أجر الدار ونحوها**) كالأرض (**مدة**) معلومة (**ولو طويلة يغلب على الظن بقاء العين فيها ـ صح**)(٢)، ولو ظن عدم العاقد فيها، ولا فرق بين الوقف(٣) والملك؛ لأنه المعتبر

---

(١) وهذا هو المذهب؛ لئلا يتصرف الولي في غير زمن ولايته على المأجور.
وقيل: تنفسخ، قال ابن رجب في القاعدة «السادسة والثلاثين»: هذا الأشهر، واختاره القاضي. (المصدر السابق).

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفية، والشافعية: ويعتبر ألا يظن عدم العين المؤجرة في أمد الإجارة؛ لقوله ـ تعالى ـ: ﴿**عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖ**﴾. ولأن الأصل عدم التحديد.
وعند المالكية، وهو قول الشافعية: لا تجوز أكثر من ثلاثين سنة؛ لأنها نصف العمر.
وفي قول للشافعية: لا تجوز أكثر من سنة، لاندفاع الحاجة بها.
(بدائع الصنائع: ٤ / ١٨١، وشرح الخرشي: ٧ / ١١، والمهذب: ١ / ٣٩٦، والمغني والشرح الكبير: ٦ / ٧).

(٣) باتفاق الأئمة: أنه إذا اشترط الواقف مدة معينة في إجارة الوقف فيجب مراعاة هذا الشرط، فلا يزيد على المدة المحددة ما لم يكن هناك مصلحة أو ضرورة، فيجوز عن طريق القاضي، أما إذا لم يشترط الواقف مدة معينة بل أطلق، فإنه يجب أن يفعل ما فيه مصلحة الوقف من الإجارة يوميًّا، أو أسبوعاً، أو شهراً أو سنويًّا.
واختلف العلماء في تأجير الوقف مدة طويلة: فالمذهب، وهو قول بعض=

---

[١] في / ظ، هـ، م، ف. بلفظ: (حينها).

. . . .

كون المستأجر يمكنه [استيفاء][١] المنفعة منها غالباً، وليس لوكيل مطلق إجارة مدة طويلة(١)، بل العرف كسنتين ونحوهما(٢)، قاله

= الشافعية: جواز ذلك؛ لما علل به المؤلف.

ومذهب الحنفية، والمالكية، وبه قال كثير من الشافعية،وبعض الحنفية: عدم جواز ذلك؛ لأن الأصل في الوقف التأبيد والدوام والاستمرار؛ لعموم قول النبي ﷺ لعمر: «**تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث**» متفق عليه، وفي الإجارة الطويلة إبطال لهذا الأصل، ولأن ناظر الوقف إنما يلي إجارة الوقف ما دام حيًّا، وفي الإجارة يتصرف خارج حدود ولايته.

واختلف أصحاب هذا القول في تحديد المدة التي يجوز تأجير الوقف فيها:

ففي الأصح عند الحنفية والشافعية: أنه يجوز إلى ثلاث سنين.

وعند المالكية: تجوز السنة والسنتان ونحوهما إذا كان على معين، فإن كان على غير معين كالفقراء ونحوهم؛ جاز الكراء أربعة أعوام لا أكثر إن كان أرضاً، والعام لا أكثر إن كان داراً، وإن كانت لمن مرجعها إليه فكالعشر، وصورتها: أن من حبس على زيد ثم على عمرو، فإنه يجوز لعمرو أن يكتريها من زيد عشرة أعوام.

وذهب بعض الشافعية وبعض الحنابلة: إلى اعتبار العرف والعادة.

(فتح القدير: ٦ / ٢٤٢، وحاشية ابن عابدين: ٤ / ٤٠٠، والشرح الكبير للدردير وحاشيته: ٤ / ٩٦، ونهاية المحتاج: ٥ / ٣٠٦، وتحفة المحتاج: ٦ / ١٧٣، والمبدع: ٥ / ٨٥، والاختيارات: ص ١٥٤).

(١) أي: وليس لوكيل مطلق غير مقدَّر له أمداً الإجارة مدة طويلة كخمس سنين.

(٢) كثلاث سنين.

[١] ساقط من / م، ف.

وَإِن اسْتَأْجَرَهَا لِعَمَلٍ كَدَابَّةٍ لِرُكُوبٍ إِلَى مَوْضِعٍ مُعَيَّنٍ، أَوْ بَقَرٍ لِحَرْثٍ، أَوْ دِيَاسِ زَرْعٍ،أَوْ مَنْ يَدُلُّهُ عَلَى طَرِيقٍ،اشْتُرِطَ مَعْرِفَةُ ذَلِكَ وَضَبْطُهُ بِمَا لاَ يَخْتَلِفُ،

الشيخ تقي الدين(١): ولا يشترط أن تلي المدة العقد، فلو أجره سنة خمس في سنة أربع ـ صح(٢)، ولو كانت العين مؤجرة أو مرهونة حال عقد[١] إن قدر على تسليمها عند وجوبه(٣)، (**وإن استأجرها**) أي: العين (**لعمل كدابة لركوب إلى موضع معين أو بقر لحرث**) أرض معلومة بالمشاهدة لاختلافها بالصلابة والرخاوة(٤)، (**أو دياس زرع**) معين أو موصوف؛ لأنها منفعة مباحة مقصودة، (**أو**) استأجر (**من يدله على طريق، اشترط معرفة ذلك**) العمل (**وضبطه بما لا يختلف**)(٥) لأن العمل هو المعقود[٢] عليه، فاشترط فيه العلم؛ كالمبيع.

---

(١) الاختيارات: (ص ١٥٤).

(٢) لجواز العقد عليها مع غيرها، فجاز العقد عليها مفردة كالتي تلي العقد.

(٣) لأنه إنما يشترط القدرة على التسليم عند وجوبه كالسَّلم.

(٤) ولا تنضبط بالصفة، فتحتاج إلى الرؤية؛ لئلا تكون صلبة تتعب البقر. (الشرح الكبير مع الإنصاف ١٤ / ٣٦٥).
والأقرب: جواز ضبطه بالصفة إن أمكن ضبطه بها.

(٥) وكذا كل عمل يستأجر عليه يشترط معرفة العمل، وضبطه بما لا يختلف.

---

[١] في / س. بلفظ: (العقد).

[٢] في / ف. بلفظ: (المقصود).

وَلاَ تَصِحُّ عَلَى عَمَلٍ يَخْتَصُّ أَنْ يَكُونَ فَاعِلُهُ مِنْ أَهْلِ القُرْبَةِ،

(ولا تصح) الإجارة **(على عمل يختص أن يكون فاعله من أهل القربة)** أي: مسلماً[(١)]؛ كالحج[(٢)] . . . .

---

(١) أما ما لا يتعدى نفعه من العبادات المحضة؛ كصلاة الإنسان لنفسه، وصيامه وزكاته وحجه لنفسه، فلا يجوز أخذ الأجرة عليه بلا خلاف؛ لأن الأجر عوض الانتفاع ولم يحصل لغيره انتفاع، وأما ما يقع تارة قربة، وتارة غير قربة؛ كتعليم الخط والحساب، وبناء المساجد ونحو ذلك، فيجوز أخذ العوض عليه.

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفية؛ لأن الحج عبادة بدنية فلا يجوز الاستئجار عليها ؛كالصوم والصلاة؛ ولأن الحج يقع طاعة، فلا يجوز أخذ العوض عليه.

وعند المالكية، والشافعية: يجوز أخذ الأجرة على الحج؛ لما روى ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ: أن امرأة من خثعم قالت: يا رسول الله؛ إن أبي أدركته فريضة الله في الحج شيخاً كبيراً:لا يستطيع أن يستوي على ظهر بعيره. قال: «**فحجِّي عنه**» متفق عليه.

فإذا جازت النيابة فيه؛ جاز أخذ الأجرة عليه، ولما يأتي من حديث سهل ابن سعد رضي الله عنه.

قال شيخ الإسلام كما في المجموع (٢٦ / ١٩): «ولا يستحب للرجل أن يأخذ مالاً يحج به عن غيره، إلا لأحد رجلين: إما رجل يحب الحج ورؤية المشاعر، وهو عاجز فيأخذ ما يقضي به وطره الصالح، ويؤدي عن أخيه فريضة الحج، أو رجل يجب أن يبرئ ذمة الميت عن الحج، إما =

. . . .

. . . .

والأذان(١) . . . .

= لصلة بينهما أو لرحمة عامة بالمؤمنين ونحو ذلك، فيأخذ ما يأخذ ليؤدي به ذلك، وجماع هذا أن المستحب أن يأخذ ليحج، لا أن يحج ليأخذ».

(١) فالمذهب ومذهب الحنفية، ووجه الشافعية: لا يجوز أخذ الأجرة على الأذان؛ لما روى عثمان بن أبي العاص قال: «**إن آخر ما عهد إليَّ رسول الله ﷺ أن اتخذ مؤذناً لا يأخذ على أذانه أجراً**» رواه أبو داود، والترمذي، وصححه النسائي، وابن ماجه، ولورود ذلك عن ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ أخرجه ابن حبان.

وعند المالكية، ووجه عند الشافعية: جواز أخذ الأجرة على الأذان؛ لما روى النسائي أن النبي ﷺ: «**أعطى أبا محذورة صرة فيها شيء من الفضة لما أذن**».

ونوقش: بأنه ليس أجرة؛ لأنه لم يقع على سبيل المشارطة.

(المبسوط: ٤/١٥٨، وجواهر الإكليل: ١/٣٧، ١٦٣، ٢/١٨٩، وروضة الطالبين: ١/٢٠٥، والإنصاف: ٦/٤٥).

أما أخذ الأجرة على الإمامة في الصلاة؛ فالمذهب ـ وهو قول جمهور أهل العلم ـ: أنه لا يجوز؛ لما تقدم من حديث عثمان بن أبي العاص، فالصلاة أشد.

وعند المالكية: إن كانت تابعة للأذان؛ جاز أخذ الأجرة عليها، وإن كانت وحدها فلا، لما يأتي من حديث سهل بن سعد ـ رضي الله عنه ـ: «**إن أحق ما أخذتم عليها أجراً كتاب الله**». متفق عليه. (المصادر السابقة).

. . . .

. . . .

وتعليم القرآن(١)؛ لأن من شرط هذه الأفعال كونها قربة إلى الله - تعالى -

(١) وهذا هو المذهب، وبه قال أبو حنيفة؛ عدم جواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن.
ولما روى عبادة بن الصامت - رضي الله عنه - قال: «**علمت ناساً من أهل الصفة القرآن والكتابة، فأهدى إليّ رجل منهم قوساً، قال: قلت: قوس وليست بمال أتقلدها في سبيل الله، فذكرت ذلك للنبي ﷺ، فقال: إن سرَّك أن يقلدك الله قوساً من نار فاقبلها**» رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه، وفي سنده الأسود ابن ثعلبة. قال ابن المديني: «لا نعرفه». (عون المعبود: ٣ / ٢٧٦).
ولما روى عبدالرحمن بن شبل الأنصاري - رضي الله عنه - قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**اقرأوا القرآن ولا تغلوا فيه، ولا تجفوا عنه، ولا تأكلوا به، ولا تستكثروا به**» رواه أحمد، وأبو يعلى، والطبراني في الكبير، والبيهقي، وقال ابن حجر في الفتح ٩ / ١٠١: «سنده قوي».
ولأن من شرط صحة هذه الأفعال كونها قربة إلى الله - تعالى - فلم يجز أخذ الأجر عليها.
وقد نص الحنفية: أنه لا يجوز قراءة القرآن بأجر، وأنه لا يترتب على ذلك ثواب، والآخذ والمعطي آثمان، وأن ما يحدث من قراءة القرآن بأجر عند المقابر والمآتم لا يجوز، والإجارة على مجرد القراءة باطلة.
القول بعدم جواز أخذ الأجرة على تلاوة القرآن قول الشافعية، والحنابلة.
لكنَّ المتأخرين من الحنفية: أجازوا الإجارة على تعليمه استحساناً.
وعند المالكية، والشافعية: يجوز أخذ الأجرة على تعليم القرآن؛ لحديث=

. . . .

. . . .

فلم يجز أخذ الأجرة عليها، كما لو استأجر قوماً يصلون خلفه(١).

ويجوز أخذ رزق على ذلك[١] من بيت المال(٢) وجعالة وأخذ بلا

= سهل بن سعد ـ رضي الله عنه ـ أن رسول الله ﷺ زوج رجلاً بما معه من القرآن بلفظ: «**اذهب فقد ملكتكها بما معك من القرآن**» متفق عليه. ولحديث ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ أن النبي ﷺ قال: «**إن أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله**» متفق عليه.

ولأنه لا يكاد يوجد متبرع فيحتاج إلى بذل الأجر فيه.

(المبسوط: ١٦/ ٣٧، وحاشية ابن عابدين: ٦/ ٥٥، والمدونة: ٤/ ٤١٩، وحاشية الرهوني على شرح الزرقاني: ٧/ ١٤، وأسنى المطالب: ٢/ ٤١٠، وحاشية البجيرمي: ٥/ ٧١، والمغني مع الشرح الكبير: ٦/ ١٤٠، ومطالب أولي: ٣/ ٦٣٨، ونيل الأوطار: ٥/ ٣٢٦).

وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ١٥٢): «ويجوز أن يأخذ الأجرة على تعليم الفقه والحديث ونحوهما إن كان محتاجاً». (انظر مجموع الفتاوى: ٣٣/ ٢٠٧).

(١) تقدم الكلام على أخذ الأجرة على الإمامة قريباً.

(٢) لحديث عمر ـ رضي الله عنه ـ: «**ما أتاك من هذا المال وأنت غير مشرف ولا سائل فخذه**» متفق عليه.

وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ١٥٣): «وأما ما يؤخذ من بيت المال فليس عوضاً وأجرة، بل رزق للإعانة علي الطاعة، فمن عمل منهم لله أثيب، وما يأخذ فهو رزق للمعونة على الطاعة، وكذلك المال =

[١] في / ف. بلفظ: (من بيت المال على ذلك).

. . . .

شرط، ويكره للحر أكل أجرة على حجامة[١] ويطعمه الرقيق والبهائم[٢].

= الموقوف من أعمال البر والموصى به والمنذور كذلك ليس كالأجرة . .».

(١) الحجامة لغة: مأخوذة من الحجم، وهو المص.

وعند الفقهاء: إخراج الدم من القفا بواسطة المص بعد الشرط بالحجم لا بالعضد.

وعند الخطابي والزرقاني: أنها ليست خاصة بالقفا، بل تكون من سائر البدن.

(إكمال الإكمال: ٤ / ٢٦٥، وشرح الزرقاني على الموطأ: ٢ /١٨٧، وفتح الباري: ١٢ / ٢٤٤).

(٢) جمهور أهل العلم: جواز أخذ الأجرة على الحجامة.

وعن الإمام أحمد ـ وهو قول طائفة من أهل الحديث ـ: عدم جواز أخذ الأجرة على الحجامة.

(حاشية ابن عابدين: ٥ /٣٣، وإكمال الإكمال: ٤ / ٢٥١، وشرح النووي لصحيح مسلم: ١٠ /٢٣٣، والشرح الكبير مع الإنصاف: ١٤ /٣٨٨، ونيل الأوطار: ٦ /٢٣).

وقال شيخ الإسلام في مجموع الفتاوى (٣٠ / ١٩١): «أما يده إذا لم يكن فيها نجاسة فكسائر أيدي المسلمين، ولا يضر تلويثها بالدم إذا غسلها، وقد ثبت في الصحيحين عن ابن عباس قال: «**احتجم رسول الله ﷺ وأعطى الحجام أجره ولو كان سحتاً لم يعطه إياه**» ولا ريب أن الحجام إذا حجم يستحق أجرة حجمه، وقد أرخص النبي ﷺ له أن يعلفه =

. . . .

وَعَلَى المُؤْجِرِ كُلُّ مَا يَتَمَكَّنُ بِهِ مِنَ النَّفْعِ،

(و) يجب (على المؤجر كل ما يتمكن به) المستأجر (من النفع[١])، ....

= ناضحه ويطعمه رقيقه كما في حديث محصن ... واحتج بهذا أكثر العلماء: أنه لا يحرم، وإنما يكره للحر تنزيهاً، قالوا: لو كان حراماً لما أمره أن يطعمه رقيقه ... ومنهم من قال: بل يحرم؛ لما روى مسلم عن رافع ابن خديج أن رسول الله ﷺ قال: «**كسب الحجام خبيث، وثمن الكلب خبيث، ومهر البغي خبيث**» قال الأولون: قد ثبت عنه أن قال: «**من أكل من هاتين الشجرتين الخبيثتين**» وليستا حراما، فيكون تسميته خبيثاً لملاقاة صاحبه النجاسة».

وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارت (ص ١٥٧): «واتخاذ الحجامة صناعة يتكسب بها هو مما نهي عنه عند إمكان الاستغناء عنه، فإنه يفضي إلى كثرة مباشرة النجاسات والاعتناء بها، لكن إذا عمل ذلك العمل بالعوض استحقه، وإلا فلا يجتمع عليه استعماله في مباشرة النجاسة وحرمانه أجرته، ونهي عن أكله مع الاستغناء عنه مع أنه ملكه، وإذا كانت عليه نفقة رقيق أو بهائم يحتاج إلى نفقتها أنفق عليها من ذلك؛ لئلا يفسد ماله، وإذا كان الرجل محتاجاً إلى الكسب ليس له ما يغنيه عنه إلا مسألة الناس؛ فهو خير له من مسألة الناس».

وكذا أكل أجرة على كسح كنيف، لا على إلقاء ميتة وإراقة خمر؛ لعدم مباشرة النجاسة غالباً.

(١) مما جرى به عادة أو عرف، مع إطلاق عقد الإجارة، وهذا ضابط.

. . . .

كَزِمَامِ الـجَمَلِ وَرَحْلِهِ وَحِزَامِهِ والشَّدِّ عَلَيْهِ وَشَدِّ الأَحْمَالِ وَالـمَحَامِلِ وَالرَّفْعِ وَالحَطِّ وَلُزُومِ البَعِيرِ وَمَفَاتِيحِ الدَّارِ

كزمام الجمل) وهو الذي يقوده به، (**ورحله وحزامه**) بكسر الحاء المهملة، (**والشد عليه**) أي: على الرحل(١)، (**وشد الأحمال والمحامل**(٢) **والرفع والحط** ولزوم البعير) لينزل المستأجر لصلاة فرض(٣) وقضاء حاجة إنسان وطهارة(٤)، ويدع البعير واقفاً حتى يقضي[١] ذلك(٥)، (**ومفاتيح الدار**) على المؤجر؛ لأن عليه التمكين من الانتفاع وبه يحصل، وهي أمانة في يد المستأجر(٦)، (**و**) على المؤجر - أيضاً -

---

(١) الذي يركب عليه. وفي المصباح ١/٢٢٢: «والرَّحْل: كل شيء يعد للرحيل من وعاء للمتاع ومركب للبعير....»

(٢) التي يركب فيها. وفي المطلع ص (١٧١): «المحمل: .... مركب يركب عليه على البعير».

(٣) لا نافلة؛ لأنها تفعل على الراحلة، ولا لأكل وشرب؛ لأنه يمكن فعله عليها بلا مشقة.

(٤) لأنه لا يمكن فعله على ظهر دابة. (كشاف القناع: ٤/١٥).

(٥) هذا إذا كان الكرى على أن يذهب معه المؤجر، أما من أكرى بعيراً ونحوه لإنسان ليركبه بنفسه وسلمه إليه لم يلزمه سوى ذلك.

وفي الإنصاف (١٤/٤٢٣): «ينبغي أن يرجع في ذلك إلى العرف والعادة».

(٦) فإن ضاعت أو تلفت بغير تفريط أو تعدٍّ من المستأجر؛ فعلى المؤجر بدلها.

---

[١] في / ف. بلفظ: (ويقضى).

وَعِمَارَتِهَا، فَأَمَّا تَفْرِيغُ البَالُوعَةِ وَالكَنِيفِ فَيَلْزَمُ المُسْتَأْجِرَ إِذَا تَسَلَّمَهَا فَارِغَةً.

(**عمارتها**) فلو سقط حائط أو خشبة؛ فعليه إعادته(١).

(**فأما تفريغ البالوعة**(٢) **والكنيف**)(٣) وما في الدار من زبل أو قمامة ومصارف حمام (**فيلزم المستأجر إذا تسلمها فارغة**)(٤) من ذلك؛ لأنه حصل بفعله فكان عليه تنظيفه.

ويصح كراء العقبة بأن يركب في بعض الطريق ويمشي في بعض مع العلم به، إما بالفراسخ أو الزمان(٥)، وإن استأجر اثنان جملاً

---

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لأنه لا يحصل الانتفاع إلا بذلك.

وعند المالكية: لا يجبر المؤجر على الإصلاح، ويخير الساكن بين السكنى، ويلزمه الكراء كاملاً أو الخروج منها.

(حاشية ابن عابدين: ٥/٦٦، والشرح الصغير: ٤/٧٠، وحاشية الدسوقي: ٤/٤٥، والمهذب: ١/٤٠١، وكشاف القناع: ٤/١٦).

(٢) في المصباح (١/٦١): «البالوعة: ثقب ينزل فيه الماء، والبلُّوعة بتشديد اللام لغة فيها».

(٣) المرحاض، وسمي بذلك؛ لأنه يستر قاضي الحاجة. (المصباح: ٢/٥٤٢).

(٤) في الإنصاف: «بلا نزاع»، وإن كان هناك شيء اشتركا في إخراجه.

(٥) في الشرح الكبير مع الإنصاف (١٤/٤٣٣): «قال أصحابنا: يصح كراء العقبة، وهو مذهب الشافعي، ومعناها: الركوب في بعض الطريق يركب شيئاً ويمشي شيئاً؛ لأنه إذا جاز اكتراؤها في الجميع؛ جاز في =

. . . .

- -

يتعاقبان عليه ـ صح، وإن اختلفا في البادئ منها؛ أقرع بينهما في الأصح[١]، قاله في «المبدع»[٢].

* * *

= البعض . . . وإن شرط أن يركب يوماً ويمشي يوماً جاز».

(١) لأنه لا مرجح لأحدهما على الآخر فتعينت القرعة.

وفي الشرح الكبير: «ويحتمل ألا يصح كراؤهما إلا أن يتفقا على ركوب معلوم لكل واحد منهما؛ لأنه عقد مجهول بالنسبة إلى كل واحد منهما فلم يصح، كما لو اشتريا عبدين».

(٢) (٥/٨٦).

* * *

فصلٌ

وَهِيَ عَقْدٌ لاَزِمٌ،

فصل[١]

(وهي) أي: الإجارة (**عقد لازم**) من الطرفين[٢]؛ لأنها نوع من البيع، فليس لأحدهما فسخها[٣] . . . .

---

(١) أي في لزوم عقد الإجارة، وما يوجب الفسخ، ويلزم الأجير، وغير ذلك.

(٢) وهذا باتفاق الأئمة، ولم يخالف في ذلك إلا القاضي شريح فإنه قال: عقد جائز.

(تبيين الحقائق: ٥/ ١٤٥، وبداية المجتهد: ٢/ ١٧٣، والمهذب: ١٠/ ٤٠٧، والمغني مع الشرح الكبير: ٦/ ٢٠).

(٣) وهذا هو المذهب، وهو قول الشافعية؛ لما استدل به المؤلف ولقوله ـ تعالى ـ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

فلا يملك أحد المتعاقدين الانفراد بفسخ العقد، إلا لمقتض تنفسخ به العقود اللازمة، كظهور العيب، أو ذهاب محل استيفاء المنفعة، كما سيأتي.

وعند الحنفية: يجوز للمستأجر فسخ الإجارة للعذر الطارئ على أحد المتعاقدين أو المستأجر، إذ الأصل في الأجرة أنها تتجدد بتجدد المنفعة، ولأن الحاجة تدعو إليه عند العذر، ولو لزم العقد حينئذ؛ للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد، فمثال العذر من قبل المستأجر: أن يفلس، أو ينتقل من حرفة إلى حرفة، وكذا لو استأجر شخصاً ليخيط له ثوباً أو يهدم داراً ونحو ذلك، ثم بدا له ألا يفعل؛ فله الفسخ، ومثل أن يستأجر=

. . . .

فَإِنْ آجَرَهُ شَيْئاً وَمَنَعَهُ كُلَّ الْمُدَّةِ أَوْ بَعْضَهَا فَلاَ شَيْءَ لَهُ،

لغير عيب أو نحوه[١]، (**فإن أجره شيئاً ومنعه**) أي: منع المؤجر (**كل المدة أو بعضها**) بأن سلمه العين ثم حوله قبل أن يقضي المدة (**فلا شيء له**)[٢] من الأجرة؛ لأنه لم يسلم له ما تناوله عقد الإجارة؛فلم يستحق

= دكاناً يتجر فيه، فيحترق متاعه أو يسرق؛ ومثل ذلك ـ أيضاً ـ لو أجرت امرأة نفسها ظئراً، وهي تعاب على ذلك فلأهلها الفسخ، وكذا الصبي إذا آجره وليه، ثم بلغ مدة الإجارة فهو عذر يخول له الفسخ، وكذا الوقف إذا غلا أجر المثل فللناظر الفسخ، ويحدد العقد على سعر الغلاء.

ومثال العذر من قبل المؤجر: أن يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه إلا من ثمن العين المستأجرة فيحق فسخ العقد لكن عند الصاحبين إذا كان الدين ثابتاً بعد عقد الإجارة فلا يحق له الفسخ خلافاً لأبي حنيفة.

وعند المالكية: يحق الفسخ إذا كان الفسخ بعذر غصب العين المتسأجرة، أو أمر ظالم بإغلاق الحوانيت المكتراه، أو حملت ظئر أو مرضت؛ لأن لبن الحامل أو مرضها يضر الرضيع.

(بدائع الصنائع: ٤ /١٩٨، والفتاوى الهندية: ٤ /٤٥٨، والشرح الصغير: ٤ / ٥١، والمهذب: ١ /٤٠٥، ومنهاج الطالبين: ٣ / ٨١، والمقنع مع الشرح الكبير: ١٤ /٤٣٤).

(١) كتدليس.

(٢) وهذا هو المذهب لما علل به.

وفي المغني (٨ /٢٦): «وقال أكثر الفقهاء: له أجر ما سكن؛ لأنه استوفى ملك غيره على وجه المعاوضة فلزمه عوضه؛ كالمبيع إذا استوفى =

وَإِنْ بَدَأَ الآخَرُ قَبْلَ انْقِضَائِهَا فَعَلَيْه،

شيئاً(١)، (وإن بدأ الآخر) أي: المستأجر[١] فتحول (قبل انقضائها) أي: انقضاء مدة الإجارة، (فعليه) جميع الأجرة؛ لأنها عقد لازم، فترتب مقتضاها، وهو ملك المؤجر الأجر والمستأجر المنافع(٢).

= بعضه، ومنعه المالك بقيته ..... والحكم في من اكترى دابة فامتنع المكري من تسليمها في بعض المدة، أو أجر نفسه؛ أو عبده للخدمة مدة وامتنع من إتمامها، أو أجر نفسه لبناء حائط أو خياطة، أو حفر بئر، أو حمل شيء إلى مكان وامتنع من إتمام العمل مع القدرة عليه كالحكم في العقار يمتنع من تسليمه، وأنه لا يستحق شيئاً لما ذكر».

وقال في المغني ٨/ ١٩: «وإذا استوفى المسأجر المنافع استقر الأجر؛ لأنه قبض المعقود عليه.... وإن سلمت إليه العين التي وقعت الإجارة عليها ومضت المدة، ولا حاجز له عن الانتفاع استقر الأجر؛ لأن المعقود عليه تلف تحت يده.... وإن كانت الإجارة على عمل... مثل أن يكتري دابة فقبضها ومضت مدة يمكن ركوبها فيها فقال أصحابنا: يستقر عليه الأجر، وهو مذهب الشافعي؛ لأن المنافع تلفت تحت يده.

وقال أبو حنيفة: لا يستقر الأجر عليه حتى يستوفي المنفعة؛ لأنه عقد على منفعة غير مؤقتة بزمن فلم يستقر بدلها».

(١) كما لو استأجره لحمل كتاب إلى بلد فحمله بعض الطريق، ونحو ذلك.

(٢) في المغني: (٨/ ٢٥): «فإن تصرف فيها - أي المستأجر - قبل تقضي المدة، مثل أن يكترى داراً سنة فيسكنها شهراً ويتركها، فيسكنها المالك بقية السنة أو يؤجرها لغيره، احتمل أن ينفسخ العقد فيما استوفاه المالك؛ لأنه تصرف فيه قبل قبض المكتري له، أشبه ما لو تلف المكيل قبل =

---

[١] في / س بزيادة لفظ: (المنافع).

وَتَنْفَسِخُ بِتَلَفِ العَيْنِ المُؤَجَّرَةِ

(وتنفسخ) الإجارة (**بتلف العين المؤجرة**) كدابة وعبد ماتا(١)؛ لأن المنفعة زالت بالكلية(٢)، وإن كان التلف بعد مضي مدة لها أجرة انفسخت فيما بقي ووجب للماضي القسط[١](٣).

= تسليمه وسلم باقيه،فعلى إن تصرف المالك في بعض المدة دون بعض انفسخ العقد في قدر ما تصرف فيه خاصة وعلى المستأجر أجر ما بقي، فإن سكن المستأجر شهراً وتركها شهراً، وسكن المالك عشرة أشهر لزم المستأجر أجر شهرين، وإن سكنها شهراً وسكن المالك شهرين ثم تركها فعلى المستأجر أجر عشرة أشهر، ويحتمل: أن يلزم المستأجر أجر جميع المدة، وله على المالك أجر المثل لما سكن أو تصرف فيه بقسط ذلك مما على المستأجر من الأجر ويلزمه الباقي . . . والأول أولى، وهو ظاهر مذهب الشافعي».

(١) باتفاق الأئمة: أن الإجارة تنفسخ بتلف العين المؤجرة. (المصادر الآتية).

(٢) لأن قبضها إنما يكون باستيفائها أو التمكن منه ولم يحصل ذلك، ولو كان المتلف المتسأجر. (كشاف القناع ٤ /٢٧).

(٣) لأن المعقود عليه المنافع، وقد تلف بعضها قبل قبضه فبطل العقد فيما تلف دون ما قبض،فإن كان أجر المدة متساويًا فعليه بقدر ما مضى إن كان ما مضى النصف، فالنصف،أو الثلث فالثلث،كما يقسم الثمن على المبيع المتساوي، وإن كان مختلفًا رجع في تقويمه إلى أهل الخبرة، ويقسط الأجر المسمى على حسب قيمة المنفعة، هذا إن كان العقد على عينها، وإن لم يكن العقد على عينها، بل استأجره ليحمله إلى موضع معين ووصف له مركوباً لزمه إقامة غيرها إذا ماتت. (تقدم كلام ابن قدامة قريباً).

---

[١] في / ف. بلفظ: (السقط).

وَبِمَوْتِ الـمُرْتَضَعِ وَالرَّاكِبِ إِنْ لَمْ يُخَلِّفْ بَدَلاً ،

(و) تنفسخ الإجارة ـ أيضاً ـ (**بموت المرتضع**)(١) لتعذر استيفاء المعقود [عليه][١]، لأن غيره لا يقوم مقامه لاختلافهم في الرضاع.

(و) تنفسخ الإجارة ـ أيضاً ـ بموت (**الراكب إن لم يُخَلِّفْ بَدلاً**) أي: من يقوم مقامه في استيفاء المنفعة بأن لم يكن وارثاً(٢)، أو كان غائباً(٣) ـ كمن[٢] يموت بطريق مكة ويترك جمله ـ فظاهر كلام أحمد أنها تنفسخ في الباقي(٤)؛ لأنه قد جاء أمر غالب منع المستأجر منفعة

---

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما علل به المؤلف.
وعند بعض الشافعية: لا تنفسخ؛ لأن المنفعة باقية، وإنما هلك المستوفي، فلو تراضيا على إرضاع صبي آخر جاز.
(بدائع الصنائع: ٤ /١٨٤، وبداية المجتهد: ٢ /٢٥١، وحاشية الدسوقي: ٤ /١٣، والمهذب: ١ /٤٠٦، ونهاية المحتاج: ٢٩٢٥، وكشاف القناع ٤ /٢٧).
وكذا إذا امتنع من الرضاع منها، أو ماتت المرضعة.
(٢) هذه إحدى الروايتين، اختارها ابن قدامة، وصاحب الشرح الكبير، والصحيح من المذهب: أن الإجارة لا تنفسخ بموت الراكب مطلقاً.
قال الزركشي: «هذا المنصوص، وعليه الأصحاب إلا أبا محمد».
(الإنصاف مع الشرح الكبير: ١٤ /٤٤٩).
(٣) لفوات انتفاعه بنفسه وبنائبه.
(٤) المغني: (٨ /٤٤).

---

[١] ساقط من / س.
[٢] في / م، ف. بلفظ: (اشبهت).

وَانْقِلاعِ ضِرْسٍ أَوْ بُرْئِه وَنَحْوِه،

العين أشبه[١] ما لو غصبت، هذا كلامه في «المقنع»(١) والذي في «الإقناع» و«المنتهى»(٢) وغيرهما(٣): أنها[٢] لا تبطل بموت راكب.

(و) تنفسخ أيضاً **(بانقلاع ضرس)** اكترى لقلعه **(أو برئه)** لتعذر استيفاء المعقود عليه(٤)، فإن لم يبرأ وامتنع المستأجر من قلعه؛ لم يجبر(٥) **(ونحوه)** أي: تنفسخ الإجارة بنحو ذلك، كاستئجار طبيب ليداويه فبرئ.

---

(١) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف (١٤/ ٤٤٩): «لأن بقاء العقد ضرر في حق المكري والمكتري؛ لأن المكتري يجب عليه الكراء من غير نفع، والمكري يمتنع عليه التصرف في ماله، ونظيره لو اكترى من يقلع ضرسه فبرأ أو انقلع قبل قلعه، أو اكترى كحالاً ليكحل عينه فبرأت أو ذهبت. (المغني: ٨/ ٤٤).

(٢) الإقناع مع شرحه ٤/ ٢٧، والمنتهى ١/ ٤٩٠.

(٣) كالإنصاف كما تقدم.

(٤) أشبه ما لو تعذر بالموت، وهذا باتفاق الفقهاء؛ لما علل به المؤلف. (المهذب: ١/ ٤١٣، وحاشية الشيرواني: ٥/ ٢٩٢، وأسنى المطالب: ٢/ ٤٠٩، والمغني والشرح الكبير: ٦/ ١٢٦).

(٥) ولزمته أجرة المثل، فالأجير إذا بذل العمل، ومكن منه؛ استحق الأجرة. وأما إن شارطه على البرء فيجوز، اختاره ابن قدامة؛ لأن أبا سعيد ـ رضي الله عنه ـ حين رقىٰ اللديغ شارطه على البرء، متفق عليه. لكن يكون جعالة، ولا يستحق شيئاً من الأجرة حتى يوجد البرء. (المغني ٨/ ١٢٢).

---

[١] في / س. بلفظ: (غصب).

[٢] في / س. بلفظ: (أنها تبطل).

لاَ بِمَوْتِ الـمُتَعَاقِدَيْنِ أَوْ أَحَدِهِمَا، وَلاَ بِضَيَاعِ نَفَقَةِ الـمُسْتَأْجِرِ وَنَحْوِهِ،

و (**لا**) تنفسخ (**بموت المتعاقدين أو أحدهما**)[1] مع سلامة المعقود عليه للزومها.

(**ولا**) تنفسخ بعذر لأحدهما مثل (**ضياع نفقة المستأجر**) للحج (**ونحوه**)، كاحتراق متاع من اكترى دكاناً لبيعه[2].

---

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لحديث ابن عمر - رضي الله عنهما - قال: لما فتحت خيبر سأل اليهود رسول الله ﷺ أن يقرهم فيها على أن يعملوا على نصف ما يخرج منها من الثمر والزرع، فقال رسول الله ﷺ: «**نقركم فيها على ذلك ما شئنا**» متفق عليه. ولم يرد أن أبا بكر جدد الإجارة. ولأن الإجارة عقد لازم، فلا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين ما دام أن استيفاء المنفعة باق.

وعند الحنفية: تنفسخ بموت أحد المتعاقدين؛ لأن العقد ينعقد ساعة فساعة بحسب حدوث المنافع، فإذا مات المؤجر، فالمنافع التي تستحق بالعقد تحدث على ملك الوارث، ولم يكن عاقداً ولا راضياً، وإن مات المستأجر؛ فالمنفعة لا تورث.

(تبيين الحقائق: ٥ / ١٤٤، وحاشية ابن عابدين: ٥ / ٥٢، والشرح الصغير: ٤ / ١٧٩، وحاشية الدسوقي: ٤ / ٤٢، وحاشية القليوبي: ٣ / ٨٤، وشرح المنتهى: ٢ / ٣٧٢).

(٢) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لقول الله - تعالى -: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾، ولأن عقد الإجارة عقد على معاوضة، فلا يجوز فسخه لعذر في غير المعقود عليه؛ كالبيع. =

وَإِن اكْتَرَى دَاراً فَانْهَدَمَتْ أَوْ أَرْضاً لِزَرْعٍ فَانْقَطَعَ مَاؤُهَا، أَوْ غَرِقَتْ، انْفَسَخَتِ الإِجَارَةُ فِي البَاقِي،

(**وإن اكترى داراً فانهدمت أو**) اكترى (**أرضاً لزرع فانقطع ماؤها أو غرقت ـ انفسخت الإجارة في الباقي**)(١) من المدة؛ لأن المقصود [بالعقد][١] قد فات أشبه ما لو تلف، وإن أجره أرضاً بلا ماء؛

وعند الحنفية: يفسخ عقد الإجارة بهذا العذر ونحوه؛ لأن المنافع في عقد الإجارة غير مقبوضة عند العقد، فإذا حدث عذر في الإجارة؛ صار كالعيب في المبيع قبل قبضه. وتقدم قريباً أول الفصل.
(البناية شرح الهداية: ٧/ ١٠١٩، والبهجة شرح التحفة: ٢/ ١٧٨، ونهاية المحتاج: ٥/ ٣١٧، والمبدع: ٥/ ١٠٤، وشرح المنتهى: ٢/ ٣٧٢).
وإن كان العذر عامًّا كما لو حوصرت بلدة المستأجر، فلم يستطع الخروج إلى الأرض التي استأجرها للزراعة، أو وقع خوف في الطريق ونحو ذلك.
فجمهور أهل العلم: أن المستأجر له فسخ الإجارة بهذه الجائحة؛ لأن ذلك أمر غالب يمنع المستأجر من استيفاء المنفعة المعقود عليها فيثبت الخيار؛ كغصب العين المستأجرة.
وعند الشافعية: لا تنفسخ الإجارة بهذه الجوائح؛ لأنه لم يسبب خللاً في المنفعة المعقود عليها. (المصادر السابقة).
(١) وهذا هو المذهب، لما علل به المؤلف.
وكذا عند الحنفية والمالكية: إذا انقطع الماء عن الأرض أو غرقت قبل فوات وقت الزرع؛ سقط الأجر.
وعند الشافعية: أن المكتري بالخيار بين فسخ العقد؛ لأن المنفعة المقصودة قد فاتت، وبين إبقائه؛ لأن العين باقية يمكن الانتفاع بها، وإنما نقصت =

---

[١] ساقط من / م، ف.

. . . .

صح[١]، وكذا إن أطلق مع علمه بحالها[٢].

وإن ظن وجوده بالأمطار وزيادة الأنهار - صح كالعلم[٣]، وإن غصبت المؤجرة؛ خُيِّر المستأجر بين الفسخ وعليه أجرة ما مضى، وبين الإمضاء ومطالبة[1] الغاصب بأجرة المثل[٤].

= منفعتها كما لو حدث عيب.

(الفتاوى الهندية: ٤ / ٤٦١، وحاشية الدسوقي: ٤ / ٥٠، والمهذب: ١ / ٣٩٥، وكشاف القناع: ٤ / ٢٢).

قال شيخ الإسلام في مجموع الفتاوى (٣٠ / ٣٠٨) في رجل استأجر قرية وغلب على أرضها الماء: له أن يفسخ الإجارة، وله أن يحط من الأجرة بقدر ما نقص من المنفعة».

(١) لأنه يتمكن من الانتفاع بها، والنزول فيها، ووضع رحله فيها، وجمع الحطب، ونحو ذلك.

(٢) لأن العلم بالحال يقوم مقام الاشتراط، كالعلم بالعيب يقوم مقام شرطه.

(٣) لأن حصوله معتاد، والظاهر وجوده بالمطر، أو زيادة النهر، ولا تصح لأرض لا ماء لها إن ظن إمكان تحصيله، أو لم يعلم أنها لا ماء لها، وكذا الأرض التي يندر مجيء الأمطار إليها.

(٤) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم.

وللحنفية قولان: الأول: أنها لا تنفسخ بغصب العين، ولو غصبت بعض المدة بحسابه.

والثاني: كقول الجمهور. =

---

[١] في / هـ. بلفظ: (يطالب).

وَإِنْ وَجَدَ العَيْنَ مَعِيبَةً أَوْ حَدَثَ بِهَا عَيْبٌ؛

ومن استؤجر لعمل شيء فمرض؛ أقيم مقامه من ماله من يعمله(١) ما لم تشترط مباشرته(٢)، أو يختلف فيه القصد؛ كالنسخ(٣) فيتخير[١] فيه المستأجر بين الصبر والفسخ.

(وإن وجد) المستأجر **(العين معيبة أو حدث بها)** عنده **(عيب)**(٤)،

(كشف الحقائق ٢/١٦٥، والدر المختار وشرحه ٢/٢٧٨، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٤/٣١، و حاشية القليوبي: ٣/٨٥، وكشاف القناع: ٤/١٩).

وفي الشرح الكبير مع الإنصاف (١٤/٤٥٧): «إذا غصبت العين المستأجرة فللمستأجر الفسخ؛ لأن فيه تأخير حقه ... وإن لم يفسخ حتى انقضت مدة الإجارة؛ فله الخيار بين الفسخ والرجوع ـ بالمسمى، وبين البقاء على العقد ومطالبة ـ الغاصب بأجر المثل؛ لأن المعقود عليه لم يفت مطلقاً بل إلى بدل وهو القيمة، فأشبه ما لو أتلف الثمرة المبيعة آدمي قبل قطعها».

فإن كانت الإجارة على موصوف في الذمة لزمه بدلها، فإن تعذر كان له الفسخ.

(١) في المغني (٨/٣٦): «لأنه حق وجب في ذمته فوجب عليه إيفاؤه كالمسلم فيه، ولا يجب على المستأجر إنظاره؛ لأن العقد بإطلاقه يقتضي التعجيل، وفي التأخير إضرار به»

(٢) إذ المسلمون على شروطهم.

(٣) لاختلاف الخطوط، ولأن الغرض قد لا يحصل به.

(٤) باتفاق الأئمة: أنه إذا وجد المستأجر بالمعقود عليه عيباً، أو حدث به عيب مدة العقد **أن له الفسخ**، لأن المنافع تتجدد. =

---

[١] في / م، ف. بلفظ: (فيخير المستأجر)، وفي / هـ. بلفظ: (فيتخير المستأجر).

فَلَهُ الفَسْخُ، وَعَلَيْهِ أُجْرَةُ مَا مَضَى،

وهو ما يظهر به تفاوت الأجر(١)؛ (**فله الفسخ**) إن لم يزل بلا ضرر يلحقه(٢)، (**وعليه أجرة ما مضى**) لاستيفائه المنفعة فيه، وله الإمضاء مجاناً(٣) والخيار على التراخي(٤).

ويجوز بيع العين المؤجرة(٥)[١] . . . .

= (بدائع الصنائع: ٤/١٩٩، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٤/٢٩، والمهذب: ١/٤٠٥، والإنصاف: ٦/٦٦).

(١) بأن تكون الأجرة معه دونها مع عدمه، كمبيع وجد به عيباً ينقص قيمته.

(٢) وإن زال العيب قبل الفسخ بأن زال العرج عن الدابة، أو بادر المكتري إلى إصلاح الدار بطل حق المستأجر في الفسخ؛ لأنه لا يلحقه ضرر. (المصادر السابقة).

(٣) فلا أرش، وهذا هو المذهب، وقيل: يملك الإمساك مع الأرش، وهو تخريج لابن قدامة، وقال في المحرر وتبعه في الفروع وغيره: وقياس المذهب له الفسخ أو الإمساك مع الأرش ... قال الشيخ تقي الدين: إن لم نقل بالأرش فورود ضعفه على أصل أحمد بيِّن.
وإن اختلف في الموجود هل هو عيب رجع فيه إلى أهل الخبرة، وإن لم يعلم بالعيب حتى فرغت المدة لزمته الأجرة كاملة على المذهب وصوب في الإنصاف لزوم الأرش للمستأجر، وإن علم فلا؛ كمبيع. (الإنصاف مع الشرح: ١٤/٤٦٤).

(٤) ولو مضى فيه بعد العلم بخلاف البيع؛ لأن المنافع لا يحصل قبضها إلا شيئاً فشيئاً.

(٥) اتفاقاً. (المصادر السابقة). =

---

[١] في / ف. بلفظ: (والمؤجره).

وَلاَ يَضْمَنُ أَجِيرٌ خَاصٌّ

ولا تنفسخ الإجارة به[١] وللمشتري الفسخ إن لم يعلم[٢].

(**ولا يضمن أجير خاص**)[٣] وهو من استؤجر مدة معلومة يستحق

لأن الإجارة عقد على المنافع فلم تمنع الصحة، كبيع الأمة إذا زوجها.

والمشتري يملك المبيع مسلوب المنفعة إلى انقضاء الإجارة، والأجرة للبائع، وهو ظاهر الإنصاف، وقيد في الغاية إذا لم يعلم المشتري أنها مؤجرة، فإن علم فلا أجرة له ولا فسخ.

(الإنصاف مع الشرح الكبير: ١٤ / ٤٦٥، وغاية المنتهى: ٢ / ٢٠٧).

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفية، والشافعية؛ لأن المعقود عليه في البيع هو العين، والمعقود عليه في الإجارة هو المنافع، فلا تعارض.

وعند المالكية: إن كان هناك تهمة فلا تنفسخ الإجارة بالبيع، وإن لم يكن هناك تهمة فتنفسخ الإجارة بالبيع.

وذهب بعض الشافعية: إلى انفساخ الإجارة بالبيع؛ لأن الإجارة تمنع من التسليم فتناقضا.

(بدائع الصنائع: ٤ / ٢٠٧، وحاشية ابن عابدين: ٥ / ٥٣، وحاشية الدسوقي: ٤ / ٣٠، ٣٣، ٩٤، وحاشية الصاوي: ٤ / ٥٥، ونهاية المحتاج: ٥ / ٢٥، وشرح روض الطالب: ٤ / ٣٥، وشرح المنتهى: ٢ / ٢٣١).

(٢) وجزم في التنقيح بأن الأجرة له، وفي الإقناع: للبائع وله الإمضاء مجاناً.

قال الإمام أحمد: هو عيب، أي: فله الأرش. (التنقيح ص ٢٢٤، وكشاف القناع: ٤ / ٣١).

(٣) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم، لما علل به المؤلف، ولقوله تعالى: ﴿**وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ**﴾ فالله نهى عن أكل =

مَا جَنَتْ يَدُهُ خَطَأً،

المستأجر نفعه في جميعها(١) سوى فعل الخمس بسننها في أوقاتها وصلاة جمعة وعيد(٢)،وسمي[١] خاصًّا لاختصاص المستأجر بنفعه في تلك المدة، ولا يستنيب[٢](**ما جنت يده خطأ**)(٣) لأنه نائب المالك في صرف منافعه فيما أمر به فلم يضمن؛كالوكيل، وإن تعدى أو فرط؛ضمن(٤).

= الأموال، بالباطل فيدخل في ذلك الأجير الخاص، فيحرم تضمينه ما لم يتعد أو يفرط. ولأنه أمين فلم يضمن من غير تعد أو تفريط قياساً على المودَع. (العدة: ص ٢٧٠).

وعند بعض الشافعية: يضمن الأجير الخاص ما تلف تحت يده مطلقاً.

لما روى خلاس بن عمرو قال: «**كان علي بن أبي طالب يضمن الأجير**» رواه البيهقي (٦/ ١٢٢)، وقال: «وأهل العلم بالحديث يضعفون أحاديث خلاس عن عليّ».

وبالقياس على الأجير المشترك.

ونوقش: بعد تسليم تضمين الأجير المشرك إلا مع التعدي أو التفريط.

(١) لا يشاركه فيها أحد كمن استؤجر لخدمة، أو رعاية شهراً، فإن لم يستحق نفعه في جميع الزمن فمشترك.

(٢) فإن أزمنة تلك مستثناة شرعاً، فلا تدخل في العقد لوجوب تقديم حق الله تعالى. (حاشية ابن قاسم ٥/ ٣٣٦).

(٣) كما لو انكسرت الجرة التي يستقي بها، أو الآلة التي يعمل بها.

(٤) قياساً على الغاصب، وغير الأجير.

(المغني: ٨/ ١٠٦، وشرح المنتهى: ٢/ ٣٧٧).

ويستحق الأجرة بتسليم نفسه، عمل أو لم يعمل.

---

[١] في/ س. بلفظ: (يسمى). [٢] في/ ز. بلفظ (ولا يضمن).

وَلاَ حَجَّامٌ، وَطَبِيبٌ، وَبَيْطَارٌ

(**ولا**) يضمن أيضاً (**حجام وطبيب وبيطار**)[(١)] وختان . . . . .

---

(١) تضمين الطبيب ونحوه له حالات:

الأولـــى: أن يكون حاذقاً قد أعطى الصنعة حقها، ولم تجن يده، فلم يتجاوز ما أذن له فيه، فلا يضمن الطبيب ما ترتب على مداواته من تلف أو ذهاب منفعة بإتفاق الأئمة؛ لقوله ـ تعالى ـ:﴿**فَلا عُدْوَانَ إلاَّ عَلَى الظَّالِمِينَ**﴾، والطبيب إذا كان حاذقاً ولم تجن يده، فليس بمتعد، ولحديث عبدالله بن عمرو ـ رضي الله عنهما ـ أن النبي ﷺ قال: «**من تطبب وهو لا يعلم منه طب فهو ضامن**» رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه والحاكم وصححه.

وورد عن عمر وعلي ـ رضي الله عنهما ـ: «**أن من تطبب على أحد من المسلمين، ولم يكن بالطب فأصاب نفساً فما دونها، فعليه دية ما أصاب**» أورده ابن عبدالبر في الاستذكار: (٢٥ / ٤).

الثانية: ألا يكون الطبيب حاذقاً، بل متطبباً جاهلاً، ضمن بالاتفاق، كما نقله الخطابي كما في معالم السنن (٤ / ٣٩)، وابن القيم في الطب النبوي (ص ٥٩٩) لما تقدم من الأدلة، فمفهومها تدل على تضمين غير الحاذق.

الثالثة: أن يكون حاذقاً قد أعطى الصنعة حقها، لكنه أخطأ فأتلف نفساً أو عضواً أو منفعة، فإن تعدى أو فرط ضمن لما تقدم من الأدلة.

وإن لم يتعد أو يفرط لكن تخطئ يده، فتزل يد الخاتن مثلا فيتجاوز بالختان موضع القطع مثلاً، أو تتحرك يد الطبيب فيقطع موضعاً آخر، فجمهور أهل العلم: أنه يضمن مطلقاً. =

. . . .

. . . .

. . . .

= ولكن عند الحنفية: إن حصل بفعله هلاك ضمن نصف الدية، وإن لم يحصل بفعله هلاك ضمن جميع الدية.

استدل الجمهور: أنه قتل بغير حق، لأن حقه في قطع السلعة، أو الحشفة مثلاً، وقد سرى إلى القتل فيضمن كما لو جنى خطأ.

ولأن الخطأ ما لم يقصده الفاعل ولم يرده، وفعل الخاتن والطبيب من هذا المعنى.

ونوقش: هذا الاستدلال بالفرق، إذ الطبيب ونحوه أمين قد أذن له بخلاف المخطئ.

وفي قول للإمام مالك: أنه لا يضمن إلا إن تعدى أو فرط.

وقال ابن عقيل: إن كان مشتركاً لم يضمن، وإن كان خاصًّا ضمن.

ودليل هذا القول: ما تقدم من الأدلة على تضمين الطبيب، ولأنه مؤتمن على بدن المريض، والأصل عدم تضمين الأمين إلّا بالتعدي أو التفريط.

الحال الرابعة: أن يكون الطبيب حاذقاً فيجتهد في وصف الدواء للمريض فيخطئ، إما في صفة العلاج، أو كميته، فتأخذ هذه الحال حكم الحال السابقة.

الحال الخامسة: أن يكون الطبيب حاذقاً، لكن يداوي المريض بلا إذن.

فإن كان غير متبرع بل مستأجر، فلابد من رضا المريض وأهليته للإذن بأن يكون بالغاً عاقلاً، فإن لم يكن أهلاً فلابد من إذن وليه، إذ عقد الإجارة لا يدفيه من الرضا.

فإن كان الطبيب متبرعاً، فجمهور أهل العلم: أنه لابد من الإذن، فإن لم يستأذن ضمن؛ لأنه إذا لم يستأذن كان متعدياً على المريض؛ لعدم الإذن. =

. . . .

لَمْ تَجْنِ أَيْدِيهِمْ إِنْ عُرِفَ حِذْقُهُمْ، وَلاَ رَاعٍ لَمْ يَتَعَدَّ،

(**لم تجن أيديهم إن عرف حذقهم**) أي: معرفتهم صنعتهم؛ لأنه فعل مباحاً لم يضمن سرايته(١)، ولا فرق بين خاصهم ومشتركهم(٢)، فإن لم يكن لهم حذق في الصنعة ضمنوا؛ لأنه لا يحل لهم مباشرة القطع إذاً، وكذا لو كان حاذقاً وجنت يده، بأن تجاوز بالختان إلى بعض الحشفة، أو بآلة كالة، أو تجاوز بقطع السلعة موضعها ضمن؛ لأنه إتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ(٣).

(**ولا**) يضمن أيضاً (**راع لم يتعد**)(٤)(٥) لأنه مؤتمن على الحفظ

= وعند ابن حزم واختاره ابن القيم: أنه لا يضمن في هذه الحال، لقوله ـ تعالى ـ: ﴿**مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ**﴾.

(بدائع الصنائع: ٧/ ٣٠٥، وتكملة البحر الرائق: ٨/ ٣٣، والمنتقى للباجي: ٧/٧٧، وتبصرة الحكام: ٢/ ٨٠، وروضة الطالبين).

(١) كقطع الإمام يد السارق.

(٢) في عدم الضمان إذا عرف حذقهم، وتقدم.

(٣) فأشبه إتلاف المال.

(٤) أو يفرط بنوم أو غيبة عنها ونحوه، وإن اختلفا في التعدي وعدمه فقول الراعي، وإن اختلفا في كونه متعدياً رجع إلى أهل الخبرة، وإن ادعى موت شاة ونحوها؛قُبِلَ قوله وإن لم يأت بشيء منها.(كشاف القناع٤/ ٣٤).

(٥) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم، لما علل به المؤلف، ولأن الماشية أعيان قبضها الراعي بحكم الإجارة، فلم يضمنها من غير =

وَيَضْمَنُ الـمُشْتَرِكُ

كالمودع[١]، فإن تعدى أو فرط ضمن[٢].

(ويضمن) الأجير **(المشترك)** وهو من قدر نفعه بالعمل[٣]، كخياطة ثوب وبناء حائط، سمي مشتركاً؛ لأنه يتقبل أعمالاً لجماعة في وقت واحد يعمل لهم فيشتركون في نفعه[٤] كالحائك والقصار والصباغ والحمال[٥]، فكل منهم ضامن.

= تعدٍّ أو تفريط قياساً على العين المستأجرة.

وعند أبي يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية: أنه يضمن مطلقاً.

ودليل هذا القول: ما يأتي من الدليل على تضمين الأجير المشترك.

(بدائع الصنائع: ٤/ ٢١٠-٢١٢، والتفريع: ٢/ ١٨٧، وروضة الطالبين: ٥/ ٢٢٨، والعدة: ص ٢٧١، والمبدع: ٥/ ١١١).

(١) فيتعذر عليه إقامة البينة في الغالب.

(٢) كالمودع. (المغني: ٨/ ١٢٣).

مثل أن ينام عن الماشية، أو يغفل عنها، أو يتركها تتباعد عنه، أو يسرف في ضربها. (المغني: ٨/ ١٢٣).

(٣) ويتقبل أعمالاً لجماعة في وقت لا يختص بنفعه واحد، وكونه عمله مقدراً بمدة لا يخرجه عن كونه مشتركاً.

(٤) فتتعلق الإجارة بذمته.

(٥) والخباز، والخياط، والطباخ، وغيرهم.

مَا تلَفَ بفعْله،

(ما تلف بفعله)[١] كتخريق الثوب وغلطه في تفصيله، روى عن

---

(١) وهذا هو المذهب، وبه قال أبو يوسف ومحمد الحسن؛ لما استدل به المؤلف، ولحديث سمرة بن جندب ـ رضي الله عنه ـ مرفوعاً: «**على اليد ما أخذت حتى تؤدي**» رواه أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه، والحاكم، والبيهقي، وصححه الترمذي والحاكم، وهو من رواية الحسن عن سمرة، والحسن مختلف في سماعه من سمرة. (التلخيص: ٣/٥٣).

وأيضاً فوجوب الأداء لا يلزم منه الضمان، وإلا لزم أن تضمن الرهون والودائع؛ لأنها مما قبضت اليد.

واستدلوا ـ أيضاً ـ: بأن الأجير المشترك قبض العين لمنفعته من غير استحقاق، فكان ضامناً لها، قياساً على المستعير. (العدة: ص ٢٧٠).

ونقول: بأن المستعير لا يضمن إلا بالتعدي والتفريط.

وعند أبي حنيفة ـ وهو الأظهر عند الشافعية ـ: أنه لا يضمن ما تلف تحت يده. لقوله ـ تعالى ـ: ﴿**فَلا عُدْوَانَ إلاَّ عَلَى الظَّالِمِينَ**﴾ فالضمان لا يجب إلا على الظالم المتعدي فيخرج من ذلك الأجير المشترك إذا لم يتعد أو يفرط.

ولقوله ـ تعالى ـ: ﴿**وَلا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ**﴾ وتضمين الأجير المشترك إذا لم يتعد أو يفرط أكل للمال بالباطل.

ولأن الأجير المشترك قد قبض العين بإذن المالك لمنفعته، وهي إقامة العمل له فيها، فلا تكون مضمونة عليه قياساً على المودَع، والأجير الخاص، وعامل المضاربة. (المبسوط: ١٥/١٠٣، وروضة الطالبين: ٥/٢٢٨). =

. . . .

عمر [وعليّ][1] وشريح والحسن رضي الله عنهم(١)؛ لأن عمله

= وعند أكثر المالكية: أن الأجير المشترك يضمن ما تلف تحت يده إذا كان مما يعاب عليه ولم يعلم سبب إلا بقوله، ولا يضمنه إذا كان مما ثبت تلفه بالبينة من غير تضييع.
واستدلوا: بما ورد عن عمر وعلي - رضي الله عنهم - من التضمين.
واستدلوا على عدم التضمين إذا كان المال مما ثبت تلفه بالبينة من غير تضييع: أن الصانع ونحوه أجير، فإذا ثبت هلاك ما دفع إليه بغير تعدٍّ أو تفريط لم يضمن، أشبه الصانع الخاص والراعي.
(المبسوط: ١٥/ ١٠٣، وتبيين الحقائق: ٥/ ١١٠، والإشراف: ٢/ ٧٥، والمقدمات الممهدات: ٢/ ٢٤٣، والمهذب: ١/ ٤١٥، وحلية العلماء: ٥/ ٤٤٦، الفروع: ٤/ ٤٥٠، والعدة: ص ٢٧٠، والمبدع: ٥/ ١٠٩).
(١) الأثر المروي عن عمر في تضمين الأجير أخرجه عبدالرزاق: (٨/ ٢١٧ - ح ١٤٩٤٩)، وابن أبي شيبة: (٦/ ٢٨٥ - ح ١٠٩). من طريق طلحة ابن أبي سعيد لانقطاعه. قال الحافظ ابن حجر في التلخيص الحبير (٢/ ٦١): «وأما أثر عمر فأخرجه عبدالرزاق بسند منقطع عنه» ا.هـ. كما أشار إلى تضعيف الأثر الشافعي في الأم: (٤/ ٤٠).
أما الأثر المروي عن علي بن أبي طالب؛ فأخرجه الشافعي في الأم: (٤/ ٤٠)، وعبدالرزاق: (٨/ ٢١٧، ٢١٨ - ١٤٩٤٨، ١٤٩٥٠)، وابن أبي شيبة: (٦/ ١٢٦٤، ١٢٧، ٢٨٥، ٢٨٦ - ح ٥٢٦، ٥٢٧، ٥٢٨، ١٠٩٠، ٢٠٩٢. قال الشافعي في الأم (٤/ ٤٠): «قد روي=

[١] ساقط من / ف.

وَلاَ يَضْمَنُ مَا تَلِفَ مِنْ حِرْزِهِ، أَوْ بِغَيْرِ فِعْلِهِ وَلاَ أُجْرَةَ لَهُ،

مضمون عليه؛لكونه لا يستحق العوض إلا بالعمل، وأن الثوب لو تلف في حرزه بعد عمله لم يكن له أجرة فيما عمل به بخلاف الخاص(١).

والمتولد من المضمون مضمون(٢)، وسواء عمل في بيته أو بيت المستأجر(٣) أو كان المستأجر على المتاع(٤) أو لا[١].

(**ولا يضمن**) المشترك (**ما تلف من حرزه**(٥) **أو بغير فعله**) لأن العين في يده أمانة كالمودع(٦)، (**ولا أجرة له**) فيما عمل فيه؛ لأنه لم يسلم

= عن علي من وجه لا يثبت مثله» وقال ـ أيضاً ـ: «وقد روى عن عمر من وجه أضعف من هذا ولم نعلم واحداً منهما يثبت» كما أشار إلى ضعف الأثر الحافظ ابن حجر في التلخيص الحبير: (٣ / ٦١).

(١) أي: فإنه إذا أمكن المستأجر من استعماله استحق العوض بمضي المدة وإن لم يعمل، وما عمل فيه من شيء فتلف من حرزه لم يسقط أجره بتلفه.

(٢) فلو دفع إلى خياط ثوباً يساوي عشرة، فخاطه فصار يساوي خمسة عشر، ثم تلف عند الخياط بفعله ضمن خمسة عشر.

(٣) لأنه ضمان لجنايته.

(٤) أي: سواء كان المستأجر حاضراً قائماً على المتاع، أو غائباً، فإن الأجير يضمن إذا تلف المتاع بفعله، وإن تبرع بعمله لم يضمن جناية يده؛ لأنه أمين محض. (ينظر حاشية العنقري ٢ /٣٢٨).

(٥) بغير تعد ولا تفريط، كما لو تلف بأمر غالب.

(٦) (كشاف القناع ٤ / ٣٤).

---

[١] في / س. بلفظ: (أو إلا).

. . . .

عمله إلى المستأجر فلم يستحق عوضه، سواء كان في بيت المستأجر أو غيره(١)، بناء كان أو غيره، وإن حبس الثوب على أجرته فتلف ضمنه؛ لأنه لم يرهنه عنده ولا أذنه[١] في إمساكه، فلزمه الضمان كالغاصب(٢)(٣)،

---

(١) وهذا هو المذهب؛ لأنه لم يسلم عمله للمستأجر، فلم يستحق عوضه، كالمبيع من الطعام إذا تلف في يد بائعه.

وعند الحنفية، وبه قال الإمام مالك، وهو مذهب الشافعية: أنه لا أجرة له إذا انفرد باليد؛ لأن الأجرة لا تستحق إلا بتسليم ما استؤجر على عمله إلى صاحبه، أما إذا لم ينفرد العامل باليد، بأن كان بحضرة المستأجر أو منزله، فإنه يستحق الأجرة بالفراغ من العمل، كإخراج الخبز من التنور؛ لأن يد المستأجر عليه، فوقع العمل مسلماً لصاحبه.

(تبيين الحقائق: ٥ / ١٣٤، والمدونة: ٣ / ٤٤٠، وأسنى المطالب: ٢ / ٤٢٦، وكشاف القناع: ٤ / ٣٣، وهدية الراغب: ص ٣٨١).

(٢) فيخير مالك بين تضمينه غير معمول ولا أجرة، أو معمولاً وللعامل الأجرة.

(٣) فالمذهب ـ وهو أحد الوجهين عند الشافعية، وبه قال زفر من الحنفية ـ: أنه لا يجوز للمستأجر حبس المصنوع على استيفاء الأجرة، واشترط الحنابلة: عدم إفلاس المستأجر؛ لأن المستأجر لم يرهن العين المصنوعة، عند الصانع، ولم يأذن له في حبسها.

وعند الحنفية، والمالكية وأخذ الوجهين عند الشافعية: يجوز للصانع حبس العين المصنوعة حتى يستوفي أجرته؛ لأن عمل الصانع في المصنوع=

---

[١] في بعض المطبوعات «ولا أذن له».

وَتَجِبُ الأُجْرَةُ بِالعَقْدِ

وإن ضرب الدابة بقدر العادة لم يضمن[١].

(وتجب الأجرة بالعقد)[٢] كثمن، وصداق، وتكون حالة . . . .

= ملك له، فجاز له حبسه حتى يحصل على أجرته كالمبيع.
(بدائع الصنائع: ٤ / ٢٠٣، ومواهب الجليل: ٥ / ٤٣١، والمهذب: ١ / ٤٠١، وكشاف القناع: ٤ / ٢٩).

(١) لأن ذلك مما جرت به العادة.

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية: أن الأجرة تجب بالعقد، ويجب تسليمها بتسليم العين والتمكين من الانتفاع وإن لم ينتفع فعلاً؛ لأنه عوض أطلق ذكره في عقد المعاوضة، فيستحق بمطلق العقد؛ كالثمن والمهر، فإذا استوفى المنفعة؛ استقرت الأجرة.
وإن كانت الإجارة على عمل، فالأجرة تجب في العقد وتثبت ديناً في ذمة المستأجر، لكن لا يستحق تسلمها إلا عند تسليمه العمل، أو مضي المدة، إن كان الأجير خاصًا لما علل به المؤلف، وفارق الإجارة على الأعيان، لأن تسلمها أجرى مجرى تسليم نفعها.
وعند الحنفية: لا تجب الأجرة بنفس العقد، وإنما تستحق بواحد من ثلاثة أمور: شرط التعجيل في نفس العقد، أو التعجيل من غير شرط، أو استيفاء المعقود عليه.
وعند المالكية: الأصل تأجيل الأجرة إلا في أربع مسائل يجب فيها تعجيل الأجرة: أن يشرط ذلك المؤجر، أو تجري به عادة كما في كراء الدواب للسفر، أو عين الأجرة كأن يكون ثوباً معيناً فيجب التعجيل في هذه الحال، أو كان الأجر لم يعين والمنافع مضمونة في ذمة المؤجر فإن=

. . . .

إنْ لَمْ تُؤَجَّلْ،

(إن لم تؤجل) بأجل معلوم، فلا تجب حتى يحل(١).

= شرع فيها فلا بأس، فإن لم يشرع لأكثر من ثلاثة أيام فلا يجوز، إلا إذا عجل جميع الأجرة، وإلا أدى إلى ابتداء الدين بالدين.

ويستثنى من وجوب تعجيل جميع الأجرة إذا كان محل الإجارة دابة للسفر، وكانت المسافة بعيدة، والسفر في غير وقت سفر الناس عادة، وكانت الأجرة كثيرة، فلا يشترط تعجيل جميعها، بل يكتفى تعجيل اليسير من الأجرة الكثيرة، فإن كانت يسيرة؛ وجب تعجيل جميعها.

والصانع والأجير لا أجرة لهما إلا عند تمام عملهما إلا إن كان هناك عرف أو تراضٍ على التعجيل، وإذا لم يجب تعجيل الأجرة كما تقدم كان مياوَمة أي كلما استوفى منفعة يوم، أو تمكن من استيفائها؛ لزمته أجرته، أو بعد تمام العمل.

(الهداية: ٢ / ٢٣٢، وبدائع الصنائع: ٤ / ٢٠٢، والشرح الصغير: ٤ / ١٦١، وحاشية الدسوقي: ٤ / ٤، والمهذب: ١ / ٣٩٩، ونهاية المحتاج: ٥ / ٣٢٢، والمغني ٨ / ١٧).

(١) كالثمن والصداق.

وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ١١٥): «وإذا مات المستأجر لم يلزم ورثته تعجيل الأجرة في أصح قولي العلماء، وهذا على قول من يقول: لا يحل الدين بالموت ظاهراً، وكذا على قول من يقول بحلوله في أظهر قوليهم، إذا يفرقون بين الإجارة وغيرها كما يفرقون في الأرض المحتكرة إذا بيعت أو ورثت، فإن الحكر يكون على المشتري والوارث، وليس لأصحاب الحكر أخذ الحكر من البائع وتركة الميت في أظهر قولي العلماء».

. . . .

وَتُسْتَحَقُّ بِتَسْلِيمِ العَمَلِ الذي فِي الذِّمَّةِ،

(**وتستحق**) أي: يملك الطلب بها (**بتسليم العمل الذي في الذمة**)، ولا يجب تسليمها قبله(١)، وإن وجبت بالعقد؛ لأنها عوض فلا يستحق تسليمه إلا مع تسليم المعوض[١] كالصداق(٢)، وتستقر كاملة باستيفاء المنفعة وبتسليم العين ومضي المدة مع عدم المانع(٣) أو فراغ عمل ما بيد مستأجر ودفعه إليه(٤)، وإن كانت لعمل، فببذل تسليم

(١) أي ولا يجب تسليم أجرة العمل الذي في الذمة حتي يسلم العمل، وفارق الإجارة على الأعيان؛ لأن تسليمها أجري مجرى تسليم نفعها، ومتى كانت على عمل في الذمة؛ لم يحصل تسليم المنفعة ولا ما يقوم مقامها.

(٢) وكالثمن في المبيع لا يجب تسليمهما إلا بتسليم معوضهما.

(٣) لأنه قبض المعقود عليه فاستقر عليه البدل.

(٤) في المنتهى وشرحه معونة أولي أولى النهى ٥/١٥٠: «وتستقر الأجرة بفراغ عمل ما استؤجر لعمله، وهو بيد مستأجر، كطباخ استؤجر لطبخ في بيت مستأجر فوفىٰ به، وبدفع غير ما بيد مستأجر، كخياط استؤجر ليخيط ثوباً بدكانه فخاطه وسلمه لربه معمولاً».

وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات ص٢٢٦: «إذا عمل الأجير بعض العمل؛ أعطي من الأجرة بقدر ما عمل».

وقال الشيخ أبا بطين: «إن ترك لعذر شرعي يستحق وإلا فلا».

حاشية ابن قاسم ٥/٣٤٣.

---

[١] في / ط، هـ. بلفظ: (العوض).

وَمَنْ تَسلَّمَ عَيْناً بِإجَارَةٍ فَاسِدَةٍ وَفَرَغَتِ الـمُدَّةُ لَزِمَهُ أُجْرَةُ الـمِثْلِ.

العين ومضي مدة يمكن الاستيفاء فيها(١).

(**ومن تسلَّمَ عيناً بإجارة فاسدة**(٢) **وفرغت المدة؛ لزمه أجرة المثل**)(٣)(٤) لمدة بقائها في يده سكن أو لم يسكن؛ لأن المنفعة تلفت

---

(١) كما لو اكترى دابة ليركبها إلى بلد وسلمها إليه المؤجر، ومضت مدة يمكنه فيها ذهابه إلى ذلك البلد ورجوعه على العادة فلم يفعل؛ لأن المنافع تلفت تحت يده باختياره، وهذا هو المذهب، وهو قول الشافعية.
وعند أبي حنيفة: لا أجر عليه، وقال الموفق: «وهو أصح عندي؛ لأنه عقد على ما في الذمة، فلم يستقر عوضه ببذل التسليم كالمسلم فيه». (المغني: ٨ / ٢٠).

(٢) الإجارة الفاسدة: ما كانت مشروعة بأصلها دون وصفها، بأن فات شرط من شروط الصحة. (بدائع الصنائع: ٦ / ٣٦٦٢).

(٣) وهذا هو المذهب، وهو مذهب المالكية، والشافعية؛ لما علل به المؤلف.
وعند الحنفية ورواية عند الحنابلة: لا تجب الأجرة إلا باستيفاء المنفعة، فلم يلزمه عوضها قياساً على النكاح الفاسد، أما إذا استوفى المنفعة فقد وجبت الأجرة. (حاشية رد المحتار: ٦ / ٤٦، ونهاية المحتاج: ٥ / ٣٢٣، وشرح المنتهى: ٢ / ٣٨١).

(٤) أما بالنسبة لمقدار الأجرة في الإجارة الفاسدة: فإن كانت الأجرة مجهولة فأجرة المثل.
وإن كانت مسماة، فالجمهور: تجب أجرة المثل؛ لقوله الله ـ تعالى ـ: =

. . . .

. . . .

تحت يده بعوض لم يسلم للمؤجر فرجع إلى قيمتها[١].

* * *

= ﴿وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ﴾.

قال ابن حزم: «فمن استغل مال غيره بغير حق؛ فهي حرمة انتهكها فعليه أن يقاص بمثله من ماله» وبالقياس على البيع، فإن البيع إذا فسد اعتبرت قيمة المثل فكذا الإجارة بجامع أن كلاً منهما بيع.

وعند أبي حنيفة: تجب أجرة المسمى؛ لأن المنافع لا قيمة لها في أنفسها عند الحنفية، وإنما بالعقد أو بشبهة العقد، وعليه فيجب الرجوع إلى ما قومت به في العقد.

(المصادر السابقة، ودرر الحكام: ٢ / ٢٣١، والمغني مع الشرح الكبير: ٦ / ١١٩، والمحلى: ٩ / ١٨).

(١) كما لو استوفاها.

* * *

. . . .

بَابُ السَّبَق

باب السبق(١)

هو بتحريك الباء: العوض الذي يسابق عليه، وبكونها: المسابقة: أي: المجارة بين حيوان وغيره(٢)(٣).

(١) قال ابن فارس في معجم مقاييس اللغة (٣ / ١٢٩): «السين والباء والقاف يدل على أصل واحد صحيح يدل على التقديم ...»
وفي لسان العرب (١٠ / ١٥٠): «السبق: القدمة في الجري وفي كل شيء ... مصدر سبق».

(٢) وهو جائز بالكتاب كما في قوله ـ تعالى ـ: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُم مَّا اسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ وَمِن رِّبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾، ومن وسائل إعداد القوة المسابقة. وقوله ـ تعالى ـ عن إخوة يوسف: ﴿إِنَّا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ وَتَرَكْنَا يُوسُفَ عِندَ مَتَاعِنَا﴾.
وفي تيسير الكريم المنان (٣ / ١٢): «نستبق إما على الأقدام، أو بالرمي والنضال».
ومن السنة: ما رواه ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ: «أن رسول الله ﷺ سابق بين الخيل التي أضمرت من الحفياء وأمدها ثنية الوداع، وسابق بين الخيل التي لم تضمر فأرسلها من الثنية إلى مسجد بني زريق، وأن عبدالله ابن عمر كان فيمن سابق بها» متفق عليه.
وروى سلمة بن الأكوع قال: مرَّ رسول الله ﷺ على نفر من أسلم ينتضلون، فقال النبي ﷺ: «ارموا بني إسماعيل فإن أباكم كان رامياً ...» رواه البخاري.
والإجماع على جواز المسابقة حكاه كثير من العلماء منهم: ابن عبدالبر، وابن قدامة، وابن حزم، وابن القيم. (التمهيد: ١٤ / ٨٩، والمغني: ٨ / ٦٥١، ومراتب الإجماع: ص ١٨٣، والفروسية: ص ٣).

(٢) كسفن ورماح وسهام. =

....

يَصِحُّ عَلَى الأَقْدَامِ

(يصح) أي: يجوز السباق (**على الأقدام**[١]) . . . .

= وفي الاختيارات (ص ١٦٠) عن شيخ الإسلام: «ويجوز اللعب بما قد يكون فيه مصلحة بلا مضرة، وظاهر كلام أبي العباس: لا يجوز اللعب المعروف بالطاب والمنقلة، وكل ما أفضى كثيره إلى حرمة إذا لم يكن فيه مصلحة راجحة، لأنه يكون سبباً للشر والفساد، وما ألهى وشغل عمَّا أمر الله به؛ فهو منهي عنه، وإن لم يحرم جنسه؛ كالبيع والتجارة، وسائر ما يتلهى به البطالون من أنواع اللهو، وسائر ضروب اللعب مما لا يستعان به على حق شرعي فكله حرام ... والصراع والسبق بالأقدام ونحوها طاعة إذا قصد به نصر الإسلام، وأخذ السبق عليه أخذ بالحق ..».

(١) نقل النووي وابن القيم: الإجماع على جواز المسابقة على الأقدام.

(شرح صحيح مسلم للنووي: ١٢/ ١٨٣، والفروسية: ص ٦).

ولحديث سلمة بن الأكوع ـ رضي الله عنه ـ: «**أنه سابق رجلاً من الأنصار بين يدي النبي ﷺ**» رواه مسلم.

ولحديث عائشة ـ رضي الله عنها ـ قالت: «كنت في سفر مع النبي ﷺ فسابقته مسبقته على رجلي، فلما حملت اللحم سابقته فسبقني، فقال: **هذه بتلك السبقة**» رواه أبو داود وابن ماجه، وصححه ابن حبان والبوصيري.

واختلف العلماء في أخذ العوض على المسابقة بالأقدام: فالمذهب ـ وهو قول جمهور أهل العلم ـ: عدم جواز أخذ العوض عليها؛ لحديث: «**لا سبق إلا في نصل أو خف أو حافر**» ـ يأتي تخريجه ـ. =

. . . .

وَسَائِرِ الحَيَوَانَاتِ

. . وسائر الحيوانات(١) . . . .

= وعند الحنفية، واختاره شيخ الإسلام: «جواز أخذ العوض عليها، وقياساً على الخف والحافر؛ لأن الأقدام في قتال الرجالة كالخيل في قتال الفرسان، ولما في ذلك من الاستعداد على الجهاد».
(الاختيار: ٤/ ٢٦٦، والتمهيد: ١٤/ ٩١، ونهاية المحتاج: ٨/ ٢٨، والمغني: ٨/ ٦٥٣، والكافي: ٢/ ٢٣٦، والاختيارات الفقهية: ص ١٦٠).

(١) كالخيل، فيجوز المسابقة على الخيل بالإجماع.
(أحكام القرآن للقرطبي: ٤/ ٣٣٧٤، وشرح صحيح مسلم للنووي: ٢٣/ ٤)، وتقدم حديث ابن عمر قريباً.
ويأتي حكم أخذ العوض في المسابقة على الخيل، وكذا الإبل يجوز المسابقة عليها بالإجماع. (مراتب الإجماع لابن حزم: ص ١٨٣).
ولحديث أنس ـ رضي الله عنه ـ قال: أن النبي ﷺ كانت له ناقة يقال لها العضباء لا تسبق، فجاء أعرابي على قعود فسبقها... فقال رسول الله ﷺ: «**إنه حق على الله لا يرتفع من هذه الدنيا شيء إلا وضعه**» رواه الترمذي.
ويأتي حكم أخذ العوض على مسابقة الإبل، وكذا يجوز السباق على الفيلة.
(المغني: ٨/ ٦٥١، والإنصاف: ٦/ ٩٩، وكشاف القناع: ٤/ ٣٨).
مسألة: اختلف العلماء في حكم بذل العوض فيها، فالمذهب ـ ومذهب المالكية وبعض الشافعية ـ: عدم الجواز؛ لما تقدم من الدليل على عدم جواز أخذ العوض على المسابقة بالأقدام؛ ولأنه لا يقاتل عليه، فلا يصلح للكرِّ والفرِّ. =

. . . .

وَالسُّفُنِ وَالـمَزَارِيقِ،

والسفن(١) والمرازيق) جمع مرزاق وهو: الرمح القصير [وكذا][١]

= وعند الحنفية، وبعض الشافعية: يجوز أخذ العوض على المسابقة عليها؛ لأن الفيل ذو خف، ولأنه يقاتل عليه أشبه الإبل، بل هو في ملاقاة العدو أنكى من الإبل.

(حاشية ابن عابدين: ٦ / ٤٠٢، ومواهب الجليل: ٣ / ٣٩٠، والإقناع للخطيب: ٢ / ٢٨٥، والمغني: ٨ / ٦٥١، وكشاف القناع: ٤ / ٣٨).

وكذا يجوز المسابقة على الحمير والبغال. (المصادر السابقة).

واختلف في حكم أخذ العوض عليها؛ فالمذهب ـ ومذهب المالكية وبعض الشافعية ـ: عدم الجواز؛ لما تقدم من الدليل على عدم أخذ العوض على المسابقة على الأقدام، ولأنها لا تصلح للكرّ والفرّ، ولأنه لم يسابق عليها أحد من السلف.

وعند الحنفية وبعض الشافعية: يصح أخذ عليها؛ لأن لفظ الحافر يتناول الحمار والبغل، ولأنه يشارك فيها بالقتال. (المصادر السابقة).

(١) فالمذهب ـ وهو قول جمهور أهل العلم ـ: جواز المسابقة على السفن، لكن اختلفوا في جواز أخذ العوض على المسابقة فيها على قولين:

فالمذهب ـ وهو مذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة ـ: عدم جواز أخذ العوض على المسابقة فيها؛ لما تقدم من الدليل على عدم جواز أخذ العوض على المسابقة على الأقدام؛ ولأن سباق السفن بالملاح، لا بمن يقاتل.

وفي وجه للحنابلة، ووجه للشافعية: جواز أخذ العوض على المسابقة =

---

[١] ساقط من / ف.

. . . .

المناجيق[١] ورمي الأحجار بمقاليع ونحو ذلك[٢]؛ لأنه ﷺ «**سابق عائشة**» رواه أبو داود[٣].

= فيها؛ لأن السفن في قتال الماء؛ كالخيل في قتال الأرض، فهي معدَّةٌ لجهاد العدوِّ في البحر.

(حاشية ابن عابدين: ٦/٤٠٤، ومنح الجليل: ١/٧٧٠، والمجموع: ١٤/٢٧، ومطالب أولي النهى: ٣/٧٠٣).

(١) آلة ترمى بها الحجارة.

(٢) كرمي أحجار بيد لمعرفة الأشدّ.

(٣) أخرجه أحمد: (٦/٣٩، ١٢٩، ٢٦١، ٢٨٠، ٢٦٤، أبو داود: (٣/٦٦) – الجهاد – باب في السبق على الرجل – (ح ٢٥٧٨)، وابن ماجه: (١/٦٣٦) – النكاح – باب حسن معاشرة النساء – (ح ١٩٧٩)، وابن أبي شيبة: (١٢/٥٠٨–٥٠٩) – الجهاد – باب السباق على الأقدام – (ح ١٥٤٣٥، ١٥٤٣٧)، والطحاوي في مشكل الآثار: (٢/٣٦٠)، والنسائي في السنن الكبرى: (٥/٣٠٣) – عشرة النساء – باب مسابقة الرجل زوجته – (ح ٨٩٤٢، ٨٩٤٣)، وابن حبان كما في الإحسان: (٧/٩٦ – ح ٤٦٧٢)، والبيهقي: (١٠/١٨) – السبق والرمي – باب ما جاء في المسابقة بالعدو.

الحديث صحيح، وصححه ابن حبان، والعراقي في المغني عن حمل الأسفار: (٢/٤٤).

. . . .

. . . .

و «**صارع ركانة فصرعه**»(١) رواه أبو داود(٢).

(١) جمهور أهل العلم على إباحة المصارعة؛ لما استدل به المؤلف.
واختلف العلماء في حكم بذل العوض فيها: فالمذهب ـ وهو قول جمهور أهل العلم ـ: عدم الجواز؛ لما تقدم من الدليل على جواز أخذ العوض إلا في المسابقة على الأقدام.
قال ابن عبدالبر في التمهيد (١٤ / ٨٩): «أجمع أهل العلم على أن السبق لا يجوز على وجه الرهان إلا في الخفِّ، والحافر، والنصل».
وفي وجه للحنابلة اختاره شيخ الإسلام وابن القيم: جواز أخذ العوض على المسابقة على المصارعة؛ لما روي عن النبي ﷺ أنه صارع ركانة بن عبد يزيد على شاة، فصرعه، ثم عاد فصرعه فأسلم ورد عليه الغنم» تقدم تخريجه قريباً.
ولأن المصارعة فيها قوة وتدريب على الجهاد.
(حاشية ابن عابدين: ٦ / ٤٠٢، ومواهب الجليل: ٣ / ٣٩٠)، ونهاية المحتاج: ٨ / ٢٨، وكشاف القناع: ٤ / ٣٩، ومطالب أولي النهى: ٣ / ٧٠٢، والاختيارات: ص ١٦٠، والفروسية: ص ٣٤).
(٢) ركانة بن عبد يزيد بن هاشم القرشي المطلبي، من مسلمة الفتح، توفي في خلافة عثمان، وقيل: توفي سنة ٤٢. «أسد الغابة»: (٢ / ٨٤).
والحديث أخرجه أبو داود: (٤ / ٣٤١) – اللباس – باب في العمائم – (ح ٤٠٧٨)، والترمذي: (٤ / ٢٤٧) – اللباس – باب العمائم على القلانس – (ح ١٧٨٣)، والبخاري في التاريخ الكبير: (٣ / ٣٣٨)، وأبو يعلى: (٣ / ٥ – ح ١٤١٢)، والطبراني في الكبير: (٥ / ٧١ – ح ٤٦١٤)، والحاكم: (٣ / ٤٥٢) – معرفة الصحابة – من طريق محمد=

. . . .

. . . .

و «**سابق سلمة بن الأكوع رجلاً من الأنصار بين يدي رسول الله ﷺ**» رواه مسلم(١).

= ابن ربيعة، عن أبي الحسن العسقلاني عن أبي جعفر بن محمد بن ركانة عن أبيه، وإسناده ضعيف جدًّا لوجود ثلاثة مجاهيل، وهم أبو الحسن العسقلاني، وشيخه أبو جعفر بن محمد بن ركانة، وابنه محمد بن ركانة، وضعف الترمذي الإسناد بقوله: «حديث غريب، وإسناده ليس بالقائم، ولا نعرف أبا الحسن العسقلاني ولا ابن ركانة».
وللحديث شاهد مرسل أخرجه أبو داود في المراسيل: (ص ١٧٥)، والبيهقي: (١٠/ ١٨) – السبق والرمي – باب ما جاء في المصارعة – من طريق عمرو بن دينار عن سعيد بن جبير. قال البيهقي: «وهو مرسل جيد»، وقال الحافظ ابن حجر في التلخيص الحبير (٤/ ١٦٢): «إسناده صحيح إلى سعيد بن جبير، إلا أن سعيداً لم يدرك ركانة»، وروي موصولاً كما في أحاديث أبي بكر الشافعي، وفي كتاب السبق والرمي لأبي الشيخ. قال الحافظ عبدالغني بن سعيد: «وحديث ركانة أمثل ما روى في مصارعة النبي ﷺ» انظر التلخيص الحبير: (٤/ ١٦٢–١٦٣).

(١) أخرجه مسلم: (٣/ ١٤٣٩–١٤٤٠)– الجهاد –(ح ١٣٢)، وأحمد: (٤/ ٥٣–٥٤)، وابن أبي شيبة: (١٤/ ٥٣٧–٥٣٨) – المغازي – (ح ١٨٨٤٨)، وابن سعد في الطبقات الكبرى: (٢/ ٨٤)، وابن حبان في الإحسان: (٩/ ١٥٣–١٥٤ – ح ٧١٢٩)، والبيهقي في السنن الكبرى: (١٠/ ١٧)، وفي دلائل النبوة: (٤٥/ ١٨٥–١٨٦).

. . . .

وَلاَ تَصِحُّ بِعِوَضٍ إِلا فِي إِبِلٍ وَخَيْلٍ وَسِهَامٍ،

(**ولا تصح**) أي: لا يجوز المسابقة (**بعوض إلا في إبل وخيل وسهام**)[1].

---

(١) قال ابن حزم كما في مراتب الإجماع (ص ٩١٨٣): «ولا أعلم خلافاً في إباحة أن يجعل السلطان أو الرجل شيئاً من ماله للسابق في الخيل خاصة».

وقال ابن عبدالبر كما في التمهيد (١٤ /٨٨): «وأجمع أهل العلم على أن السبق لا يجوز على وجه الرهان إلا في الخف والحافر والنصل».

(المصادر السابقة).

والعوض لا يخلو من أربع حالات:

الأولى: أن يكون العوض من الإمام، بأن يقول الإمام: من سبق منكما؛فله من المال كذا، وهذا جائز باتفاق الأئمة. (مجموع الفتاوى: ٢٨ / ٢٢).

لحديث ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ أن رسول الله ﷺ: «**سابق بين الخيل وأعطى السابق**» رواه أحمد والبيهقي، وإسناده صحيح. ولما في ذلك من التحريض على تعلم الفروسية.

الثانية: أن يكون من أجنبي، وهو غير المتسابقين.

وهذا جائز باتفاق الأئمة؛ لأن ما جاز أن يخرجه الإمام من بيت المال؛ جاز أن يتطوع به أيٌّ واحد من المسلمين؛ كبناء المساجد والقناطر، ولما فيه من القربة والمعونة على الجهاد.

(حاشية ابن عابدين: ٦ /٤٠٣، وشرح الخرشي: ٣ /٥٦، والشرح الصغير: ٢ /٣٢٥، وأسهل المدارك: ٣ /٣٨٢، ونهاية المحتاج: ٨ /٢٩، ومطالب أولي النهى: ٣ /٧٠٦). =

. . . .

. . . .

= **الثالثة**: أن يكون العوض من أحد المتسابقين، فالمذهب ـ وهو قول جمهور أهل العلم ـ: جواز ذلك؛ لأنه إذا جاز بذله من غير المتسابقين؛ فأولى أن يجوز من بعضهم، ولانتفاء شبهة القمار، ولأنه تحريض على الاستعداد لأسباب الجهاد بمال نفسه.

وعند أكثر المالكية: جوازه إذا أخرجه أحد المتسابقين، فإن سبق غير المخرج فالجعل للسابق، وإن سبق مخرج الجعل فالجعل لمن حضر المسابقة، ولو اشترط المخرج أن الجعل يعود إليه إن سبق، فالشرط فاسد. (المصادر السابقة).

الرابعة: أن يكون العوض من المتسابقين جميعاً، فالمذهب ـ ومذهب الحنفية، والشافعية ـ: أنه لا يجوز بذل العوض من جميع المتسابقين إلا أن يدخل في السباق محلل، ويشترط فيه شروط:

(أ) ألا يبذل شيئاً من العوض.

(ب) أن يأخذ إن سبق.

(جـ) أن يمكن سبقه، وأن تكافئ آلته آلات المتسابقين الآخرين؛ لحديث أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ مرفوعاً: «**من أدخل فرساً بين فرسين وهو لا يأمن أن يسبق؛ فلا بأس، ومن أدخل فرساً بين فرسين وقد أمن أن يسبق؛ فهو قمار**» رواه أحمد وأبو داود والحاكم، وفيه سفيان بن حسين ضعيف في روايته عن الزهري.

وله شاهد من حديث ابن عمر رواه أحمد والبيهقي: (١٠ / ٢١)، وهو ضعيف، شريك بن عبدالله القاضي سيء الحفظ.

ولأنه بدون محلل قمار، وبالمحلل ينتفي القمار؛ لأن المحلل لا يغرم، وإنما

. . . .

. . . .

لقوله ﷺ : « **لا سبق إلا في نصل أو خف أو حافر** » رواه الخمسة عن

يحتمل أن يأخذ أو لا يأخذ، فصار كما إذا شرط من جانب واحد .

وعند شيخ الإسلام وابن القيم: يجوز بذل العوض من المتسابقين، ولو بدون محلل، للعمومات، حيث لم يرد فيها اشتراط المحلل كقوله ﷺ : « **لا سبق** . . . » .

ولحديث أنس ـ رضي الله عنه ـ: « **لقد راهن رسول الله ﷺ على فرس** » رواه الدارمي، وابن أبي شيبة: ١٢ / ٥٠٠، والبيهقي: ١٠ / ٢١، وفي مجمع الزوائد: ٥ / ٢٦٧ : « ورجال أحمد ثقات » .

قال شيخ الإسلام: « وما علمت بين الصحابة خلافاً في عدم اشتراط المحلل » . (الفروسية: ص ٢١) .

فالصحابة لا يحفظ عن أحد منهم قط أنه اشترط المحلل، مع كثرة تناضلهم، بل المحفوظ عنهم خلافه .

ولأنهما إذا أخرجاه جميعاً كان غايته أنه جعالة من الطرفين كما لو شرد من كل منهما جمل، فقال كل منهما للآخر: إن رددت جملي؛ فلك عشرة، وبذل الجعل في الجعالة لا يتوقف على محلل .

فــرع: قال شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ١٦٠) : « فالمغالبة الجائزة تحل بعوض إذا كان مما ينتفع به في الدين، كما في مراهنة أبي بكر رضي الله عنه، وهو أحد الوجهين في المذهب، قلت: وظاهر ذلك جواز الرهان في العلم وفاقاً للحنفية، لقيام الدين بالجهاد والعلم » .

. . . .

وَلَابُدَّ مِنْ تَعْيِينِ المَرْكُوبَيْنِ

أبي هريرة، ولم يذكر ابن ماجه: «**أو نصل**»، وإسناده حسن[١]، قاله في «المبدع»[٢].

(**ولابد**) لصحة المسابقة (**من تعيين المركوبين**)[٣] لا الراكبين[٤]؛ لأن

---

(١) أخرجه أبو داود: (٣/٦٣) - الجهاد - باب في السبق - (ح ٢٥٧٤)، والترمذي: (٣/٢٠٥) - الجهاد - باب ما جاء في الرهان والسبق - (ح ١٧٠٠)، والنسائي: (٦/٢٢٦-٢٢٧) - الخيل - (ح ٣٥٨٥-٣٥٨٩)، وابن ماجه: (٢/٩٦٠) - الجهاد - باب السبق والرهان - (ح ٢٨٧٨)، وأحمد: (٢/٢٥٦، ٣٥٨، ٤٢٥، ٤٧٤)، والشافعي في المسند: (ص ٣٤٩)، وابن أبي شيبة:)١٢/٥٠٢) - الجهاد - (ح ١٥٤٠٩)، والبخاري في التاريخ الكبير: (٤/٢٧٧)، والطحاوي في مشكل الآثار: (٢/٣٦٢)، وابن حبان كما في الإحسان: (٧/٩٦- ح ٤٦٧١)، والطبراني في الصغير: (١/٢٥)، والبيهقي: (١٠/١٦) - السبق والرمي - باب لا سبق إلا في خف أو حافر أو نصل، والبغوي في شرح السنة: (١٠/٣٩٣ - ح ٢٦٥٣).

(٢) ٥/١٢١.

(٣) برؤية، أو صفة؛ لما علل به المؤلف.

(ينظر: مواهب الجليل: ٣/٣٩١، ونهاية المحتاج: ٨/٢٩، والإنصاف: ٦/٩١، وكشاف القناع: ٤/٣٩).

(٤) الشرح الكبير مع الإنصاف: (١٥/١٣)، ولأنهما آلة للمقصود كالسرج.

واتِّحَادِهِمَا،

القصد معرفة سرعة عدو الحيوان الذي يسابق[١] عليه.

[(و) لابد من (اتحادهما) في النوع(١)، فلا تصح بين عربي وهجين][٢].

---

(١) وهذا هو المذهب، فيشترط اتحاد الجنس والنوع؛ لأن التفاوت بينهما في الجري معلوم بحكم العادة فأشبها الجنسين.
وعند جمهور المالكية: لا يشترط اتحاد الجنس ولا النوع؛ بل يعتبر التكافؤ بالتفارب في السبق، فإن تقارب جنسان كالبغل والحمار ـ جاز.
وعند الشافعية: يشترط اتحاد الجنس، ولا يشترط اتحاد النوع، لأنه قد يسبق كل واحد منهما الآخر، ويكفي في إثبات الحكم المظنة باحتمال الحكمة، ولو على بعد، ولأنهما متساويان في السهم والنجابة والبطالة.
(أسهل المدارك: ٣/ ٣٨٤، والمهذب: ١/ ٤١٤، والإنصاف: ٦/ ٩١، ومطالب أولي النهى: ٣/ ٦٠٩).
ويشترط ـ أيضاً ـ:
(أ) إمكان سبق كل من المتسابقين عادة؛ لأن النبي ﷺ لم يسابق بين المضمرات وغيرها، بل جعل كل صنف مع ملائمه، لأن غير المضمرة لا تساوي المضمرة.
(ب) تحديد المسافة قدراً أو مشاهدة؛ لأن الغرض معرفة الأسبق، ولا يحصل إلا بتحديد المسافة.
(جـ) تعيين المبتدأ والغاية؛ لأن الغرض معرفة الأسبق، ولا يحصل إلا بتساويهما.
=

---

[١] في / س. بلفظ: (سابق).

[٢] ساقط من / ف.

والرُّماةِ وَالـمَسَافَة بِقَدْرٍ مُعْتَادٍ،

(و) لابد في المناضلة(١) من تعيين (الرُّماةِ) لأن القصد معرفة حذقهم(٢)، ولا يحصل إلا بالتعيين بالرؤية، ويعتبر فيها ـ أيضاً ـ كون القوسين من نوع واحد، فلا تصح بين قوس عربية وفارسية(٣).

(و) لابد ـ أيضاً ـ من تحديد(**المسافة**) بأن يكون لابتداء عَدْوِهما[١] وآخره غاية لا يختلفان فيه، ويعتبر في المناضلة تحديد مدى رمى(٤) (**بقدر معتاد**)[٢](٥)، فلو جعلا مسافة بعيدة تتعذر الإصابة في مثلها

= (هـ) انطلاق المتسابقين في جهة واحدة.

(و) أن يكون العوض معلوماً، مباحاً، وأن يكون السباق مما يصح بذل العوض فيه.

(المصادر السابقة، وحاشية ابن عابدين: ٦ / ٤٠٣، ومنح الجليل: ١ / ٧٧٢، ومواهب الجليل: ٣ / ٣٩٢، وكشاف القناع: ٤ / ٤٠).

(١) المناضلة: من النضل، وهو المباراة في الرمي. (ينظر المصباح: ٢ / ٦١٠).

(٢) أي: مهارتم في الرمي.

(٣) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية؛ لأن الإصابة تختلف باختلاف نوعها.

وفي وجه عند الحنابلة: لا يشترط؛ لأن النوعين من جنس واحد يتقاربان، فيعرف حذقهما.

(المجموع: ١٤ / ٥٣، والكافي: ٢ / ٣٤٣، والفروسية: ص ٨١).

(٤) لأن الغرض معرفة الأسبق، ولا يحصل إلا بالتساوي.

(٥) لأن الإصابة تختلف بالقرب والبعد، ويعرف ذلك بالمشاهدة، أو الذرع.

وفي الشرح الكبير مع الإنصاف (١٥ / ١٧): «فائدة: لا يصح تناضلهما =

---

[١] في / ز . بلفظ: (عدوها). [٢] في / م ، ف. بلفظ: (معتاد فيه فلا جعلا).

. . . .

غالباً[(١)]، وهو ما زاد على ثلاثمائة ذراع ـ لم تصح؛ لأن الغرض يفوت بذلك. ذكره في «الشرح»[(٢)] وغيره.

= على أن السبق لأبعدهما رمياً على الصحيح من المذهب، زاد في الترغيب: من غير تقدير، وقيل: يصح، اختاره الشيخ تقي الدين، قاله في الفائق، وهو المعمول به عند الرماة الآن في أماكن كثيرة».

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم، لما علل به المؤلف.
وفي وجه للشافعية: عدم الاشتراط؛ لأنه قد يصيب مثلهما في مثله.
(المجموع: ١٤/٨٥، والمغني: ٨/٦٦٣).

(٢) الشرح الكبير مع الإنصاف (١٥/١٨). وتحديد ثلاثمائة ذراع بناء على الآلة في عهدهم رحمهم الله، وفي عصرنا يختلف.
ويشترط ـ أيضاً ـ:
(أ) أن تكون المناضلة ممن يحسن الرمي؛ لأن الغرض معرفة الأحذق، ومن لا حذق له وجوده كعدمه.
(ب) أن يكون الرماة أكثر من واحد؛ لأن المقصود معرفة الحذق، ولا يبين بأقل من اثنين، فإن قال رجل لآخر: ارم عشرة فإن أصبت منها خمساً؛ فلك درهم فهذه جعالة لا سبق.
وإن قال: ارم عشرة فإن كان صوابك أكثر من خطئك؛ فلك درهم، وإلا فلي درهم، لم يجز.
(جـ) أن يبتدئ أحدهما بالرمي؛ لأنهما لو رميا معاً أفضى إلى الاختلاف والتنازع.
(د) أن يكون عدد الرشق معلوماً، والرشق هو ما يرمى.
(هـ) أن يكون الغرض معلوماً بالمشاهدة أو التقدير. =

. . . .

وَهِيَ جِعَالَةٌ لِكُلِّ وَاحِدٍ فَسْخُهَا،

(وهي) أي المسابقة **(جعالة لكل واحد)** منهما **(فسخها)** لأنها عقد على ما لا[١] تتحقق القدرة على تسليمه، إلا أن يظهر الفضل لأحدهما فله الفسخ دون صاحبه(١).

= (و) أن يكون عدد الإصابة معلوماً، فيقولان مثلاً: الرشق عشرون، والإصابة خمس.

(ز) أن تكون المسابقة في الإصابة، فلا يصح أن يكون السبق للأبعد رمياً؛ لأن الغرض من الرمي الإصابة لا بعد المسافة.

(١) باتفاق العلماء على أنه إذا كان عقد السبق بغير عوض فهو من العقود الجائزة؛ لأنه لا ضرر على أحد من المتسابقين في الفسخ.

لكن اختلف العلماء فيما إذا كان بعوض: فالمذهب، ومذهب الحنفية: أنه عقد جائز؛ لأن المسابقة عقد على ما لا تتحقق القدرة على تسليمه، فكان جائزاً كالجعالة.

وعند المالكية، وقول عند الشافعية: أنه عقد لازم؛ لأن من شرط العقد أن يكون العوض والمعوض معلومين، فكان لازماً كالإجارة.

(الفتاوى الهندية: ٥ / ٣٢٤، ومواهب الجليل: ٣ / ٣٩٠، ونهاية المحتاج: ٨ /٢٨، والمغني: ٨ / ٦٥٤، وشرح المنتهى: ٢ /٣٨٧).

قال ابن القيم في كتابه «الفروسية» (ص: ٣٤٣): «فإن قيل: هل العقد – في المسابقات – من باب الإجارات أو من باب الجعالات، أو من باب المشاركات، أو من باب النذور، أو من باب العدات، أو عقد مستقل بنفسه؟ فالجواب: أنه عقد مستقل بنفسه قائم برأسه ... فأما =

---

[١] في / ف. بلفظ (ما لم).

وَتَصِحُّ الـمُنَاضَلَةُ عَلَى مُعَيَّنِين يُحْسِنُونَ الرَّمْيَ.

(**وتصح المناضلة**) أي المسابقة بالرمي من النضل، وهو: السهم التام (**على معينين**) سواء كانا اثنين أو جماعتين؛ لأن القصد معرفة الحذق كما تقدم(١)، (**يحسنون الرمي**) لأن من [لا][١] يحسنه وجوده

= بطلان كونه من عقود الإجارات فمن وجوه:
أحدها: أنه عقد جائز لكل منهما فسخه قبل الشروع في العمل بخلاف الإجارة.
الثاني: أن العمل في الإجارة لابد أن يكون معلوماً مقدوراً للأجير، والسبق هنا غير معلوم له ولا مقدور ... والذي يدل على بطلان كونه من باب الجعالات وجوه:
أحدها: أن العامل فيه لا يجعل فيه جعلاً لمن يغلبه ويقهره، وإنما يبذل ماله فيما يعود نفعه إليه....
الثاني: أن الجعالة يجوز أن يكون العمل فيها مجهولاً بخلاف عقد السباق.... والذي يبطل كونه من باب النذور وجوه:
أحدها: أن الناذر قد التزم إخراج ما عينه إن حصل له مقصوده، والمسابق إنما يلزمه إخراج ماله إذا حصل ضد مقصوده.
والثاني: أن الناذر ملتزم إخراج ما نذره إلى غير الغالب له، والمسابق إنما التزم إخراجه لمن غلبه...
والذي يبطل كونه من باب العدات والتبرعات: القصد والحقيقة، والاسم... أما القصد فالمراهن ليس غرضه التبرع، وأما الحقيقة فإن التبرع والهبة لا تكون على عمل... والاسم فإن اسم الرهان والسبق غير اسم الهبة ...».

(١) وأنه لا تعرف مهارتهم إلا بالتعيين.

---

[١] ساقط من / ف.

. . . .

كعدمه(١)، ويشترط لها أيضاً تعيين عدد الرمي(٢) والإصابة(٣) ومعرفة قدر الغرض(٤) طوله وعرضه وسمكه وارتفاعه من الأرض(٥).

والسنة أن يكون لهما[١] غرضان(٦) إذا بدأ أحدهما بغرض؛ بدأ الآخر بالثاني(٧) . . . .

---

(١) هذا أحد الشروط الأربعة، وهي زيادة على الشروط المتقدمة.

(٢) لئلا يؤدي إلى الاختلاف، فقد يريد أحدهما القطع ويريد أحدهما الزيادة إلا في رمي المبادرة، فقال ابن القيم وغيره: «لا بشرط؛ لأنه إذا قال أينا بدر إلى خمس إصابات فهو السابق فمتى بدر لها أحدهما تعين سبقه».

(٣) بأن يقول: عشرون والإصابة خمسة، ونحوه، ويشترط استؤاهما في عدده، وعدد الإصابة، وصفتها، وسائر أحوال الرمي.

(٤) ما ينصب في الهدف من خشب أو غيره؛ لأنه يقصده.

(٥) لاختلاف الإصابة باختلافه.

(٦) ويرميان كلاهما إلى أحدهما، ثم يرميان إلى الآخر.

(الفروسية لابن القيم: ص ٣٩٨).

وإن أراد أحدهما التشاغل عن الرمي بما لا حاجة إليه منع، ولا يزعج بالاستعجال بحيث يمنع من تحري الإصابة.

(٧) تعديلاً بينهما، وهكذا حتي يقضيا رميهما، وإن رميا سهمين سهمين فحسن، وإن شرطا أن يرمي أحدهما عدداً، ثم الآخر مثله ـ جاز، وإن تشاحا في البادئ ـ أقرع.

---

[١] في / م ، ف. بلفظ: (لها).

. . . .

لفعل الصحابة رضي الله عنهم[١].

* * *

(١) قال مجاهد: «رأيت ابن عمر يشتد بين الهدفين، ويقول: أنابها» رواه الطبراني وابن أبي شيبة، وحسنه في التلخيص: ٤/١٦٦، وقال إبراهيم التيمي عن أبيه: «رأيت حذيفة يعدو بين الهدفين بالمدائن» رواه سعيد ابن منصور، وابن أبي شيبة، وإسناده صحيح.

وإن جعلا غرضاً واحداً جاز؛ لأن المقصود يحصل به.

ويكره للأمين والشهود وغيرهم ممن حضر مدح أحدهما أو المصيب، وعيب المخطئ؛ لما فيه من كسر قلب صاحبه. (الإقناع مع شرحه ٤/٦٠).

* * *

. . . .

بَـابُ العَارِيَةِ

بـاب العارية(١)

بتخفيف الياء وتشديدها: من العري، وهو التجرد، سميت عارية لتجردها عن العوض.

---

(١)العارية: بتشديد الياء وتخفيفها: اسم لما يعار.

قيل: مشتقة من عار إذا ذهب وجاء، ومنه قيل للبطال: عيار؛لتردده في بطالته.

وقيل: مشتقة من التعاور، وهو التناؤب.

وقيل: مشتقة من العري وهو التجرد.

والإعارة مصدر أعار، والاسم منه العارية، وتطلق على الفعل، وعلى الشيء المعار، والاستعارة طلب العارية.

(ينظر: الصحاح: ٢ / ٧٦١، وتهذيب اللغة: ٣ / ١٦٤، ومختار الصحاح: ص ٤٦١، والمصباح المنير: ٢ /٥٣٣).

وفي الاصطلاح عرفت بتعريفات:

فمن تعريفات الحنفية: تمليك المنافع بلا عوض.

ومن تعريفات المالكية: تمليك منفعة مؤقتة بلا عوض.

ومن تعريفات الشافعية: إباحة الانتفاع بالشيء مع بقاء عينه.

ومن تعريفات الحنابلة: إباحة نفع عين بغير عوض.

(المبسوط: ١١ /١٣٣، ومواهب الجليل: ٥ /٢٦٨، وفتح الوهاب: ١ /٢٢٨، والإقناع: ٢ / ٣٣١).

ومشروعيتها بالكتاب كما في قوله تعالى: ﴿فَوَيْلٌ لِّلْمُصَلِّينَ (٤) الَّذِينَ هُمْ عَن صَلَاتِهِمْ سَاهُونَ (٥) الَّذِينَ هُمْ يُرَاءُونَ (٦) وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ﴾. وقد ورد عن ابن مسعود=

. . . .

وَهِيَ إِبَاحَةُ نَفْعِ عَيْنٍ تَبْقَى بَعْدَ اسْتِيفَائِه،

(وهي إباحة[1] نفع[2] عين) يحل الانتفاع بها (تبقى بعد استيفائه)

= رضي الله عنه ﴿وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ﴾: «القدر والميزان والدلو»، وعن ابن عباس رضي الله عنهما: «منع العواري». (تفسير الطبري: ٣٠/ ٢٠٦).
ومن السنة: ما رواه أنس رضي الله عنه قال: «**كان فزع بالمدينة، فاستعار النبي ﷺ فرساً من أبي طلحة يقال: المندوب، فركبه، فلما رجع قال: ما رأينا من شيء وإن وجدناه لبحراً**» رواه البخاري. (والإجماع كما في المجموع: ١٣/ ٢٤٥).

(١) فالمذهب، ومذهب الشافعية، وبه قال ابن حزم: إن العارية إباحة نفع فقط.
استدلوا: بأن الإجماع انعقد على جواز عقد العارية من غير أجل، ولو كانت تفيد التمليك لما جازت من غير أجلٍ كالإجارة.
ولأن المستعير لا يملك إجارة العارية، ولو ثبت الملك له في المنفعة لملك ذلك كالمستأجر.
وعند الحنفية والمالكية: أن منافع العارية مملوكة للمستعير؛ لأن المعير سلط المستعير على تحصيل المنافع، وصرفها إلى نفسه على وجه زالت يده عنها، وهذا تمليك.
ونوقش: بعد التسليم بدليل أن المعير يملك استرداد العارية في أي وقت بما لا يترتب عليه ضرر.
(المبسوط: ١١/ ١٣٣، والهداية: ٣/ ٢٢٠، والفروق: ١/ ١٨٧، وشرح الخرشي: ٦/ ١٢٠، وفتح الوهاب: ١/ ٢٢٨، وفتح الجواد: ١/ ٥٤٢، والمقنع: ص ١٤٤، والإنصاف: ٦/ ١٠١).
(٢) الإباحة: رفع الحرج عن تناول ما ليس مملوكاً له. (كشاف القناع: ٤/ ٦٢).

. . . .

ليردها على مالكها[١].

وتنعقد بكل لفظ أو فعل يدل عليها[٢]، ويشترط أهلية المعير للتبرع شرعاً، وأهلية مستعير للتبرع له[٣].

---

(١) أي تبقى العين بعد استيفاء النفع الحاصل بها كالدور، والثياب، والكتب، وغير ذلك.

وخرج ما لا ينتفع به إلا مع تلف عينه كالأطعمة والأشربة، وإن أعطاها بلفظ الإعارة احتمل أن يكون إباحة عين على وجه الإتلاف، قاله ابن عقيل. (المصادر السابقة).

(٢) في كشاف القناع (٤ / ٦٢): «وتنعقد بكل قول أو فعل يدل عليها كقوله: أعرتك هذا الشيء، أو أبحتك الانتفاع به، أو يقول المستعير: أعرني هذا فيسلمه إليه، وكدفعه الدابة لرفيقه عند تعبه، وتغطيته بكسائه إذا رآه برد».

(٣) يشترط لصحة العارية شروط:

الأول: أهلية المعير للتبرع بالعارية بأن يكون بالغاً، عاقلاً، حرًّا، رشيداً فلا تصح من صغير، ولا مجنون ولا سفيه، ولا مفلس، وقن، وولي يتيم من مال اليتيم، ولا من مكاتب، ولا ناظر وقف.

لكن تصح إعارة الصغير في الأمور اليسيرة عرفاً.

الثاني: أهلية المستعير للتبرع بتلك العين المعارة، بأن يصح قبولها هبة لشبه الإباحة بالهبة.

الثالث: أن تكون العين مباحة النفع.

الرابع: أن تبقى العين بعد استيفاء النفع. وتقدم.

. . . .

وَتُبَاحُ إِعَارَةُ كُلِّ ذِي نَفْعٍ مُبَاحٍ

وهي مستحبة(١)؛ لقوله ـ تعالى ـ: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾(٢).
(**وتباح إعارة كل ذي نفع مباح**)(٣) كالدار والعبد والدابة والثوب

---

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما استدل به المؤلف.
ولأنه ليس في المال حق سوى الزكاة، ولحديث طلحة بن عبيدالله رضي الله عنه قال: «جاء رجل إلى رسول الله ﷺ من أهل نجد ... وفيه ذكر الزكاة فقال: هل علي غيرها؟ قال: لا إلا أن تطوع ...» متفق عليه.
(انظر في هذه المسألة: ٤ / ٢٥٦).
وعند شيخ الإسلام: تجب العارية مع غناء المالك، وهو أحد القولين في مذهب أحمد لما تقدم من الآية في أول الباب، ولما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**ما من صاحب إبل لا يؤدي حقها ... قيل يا رسول الله وما حقها؟ قال: إعارة دلوها وإطراق فحلها، ومنحة لبنها يوم وردها**» رواه مسلم.
وفي الشرح الصغير للدردير (٣ / ٥٧٠): «وقد يعرض لها الوجوب لغني عنها فيجب إعارة كل ما فيه إحياء مهجة محترمة لا إجرة لمثله، وكذا إعارة سكين لذبح مأكول يخشى موته» وخرج ابن عقيل: وجوب إعارة كتب العلم للمحتاج من القضاة وأهل الفتوى.
(الاختيار: ٢ / ٥٥، وحاشية الدسوقي: ٣ / ٤٣٣، ونهاية المحتاج: ٥ / ١١٧، والمبدع: ٥ / ١٣٧).
(٢) سورة المائدة، الآية: ٢.
(٣) غير محرم، لما تقدم من الأدلة، ولأن ما جاز للمالك استيفاؤه من المنافع ملك إباحته إذا لم يمنع منه مانع.

---

[١] ساقط من / ف.

إلاَّ البُضْعَ وَعَبْداً مُسْلِماً لِكَافِرٍ، وَصَيْداً وَنَحْوَهُ لِمُحْرِمٍ، وَأَمَةً شَابَّةً لِغَيْرِ امْرَأَةٍ أَوْ مَحْرَمٍ،

ونحوها، (**إلا البضع**)[1] لأن الوطء لا يجوز إلا في نكاح، أو ملك يمين، وكلاهما منتف، (و) إلا (**عبداً مسلماً لكافر**)[2] لأنه لا يجوز له استخدامه[3] (و) إلا (**صيداً ونحوه**) كمخيط (**لمحرم**)[4]؛ لقوله ـ تعالى ـ: ﴿**وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ**﴾[5].

(و) إلا (**أمة شابة لغير امرأة أو محرم**) لأنه لا يؤمن عليها، ومحل

---

(١) بضم الباء يعني الفرج، فلا يعار للاستمتاع به، لأنه لا يستباح بالبذل، ولا بالإباحة بالإجماع؛ لقوله تعالى: ﴿**وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ (٥) إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ (٦) فَمَنِ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَٰلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ**﴾.

(٢) يعني للخدمة، قاله الحارثي، وهذا هو الصحيح من المذهب، لما علل به وعن الإمام أحمد: يجوز. (الإنصاف مع الشرح الكبير: ١٥ / ٦٨).

(٣) كما تحرم إجارته للخدمة، فإن أعاره أو أجره لعمل في الذمة غير الخدمة صحتا.

(٤) فالصيد لا تباح إعارته لمحرم؛ لأن إمساكه محرم عليه، وكذا المخيط للمحرم، لأنه يحرم عليه استعماله وغير ذلك؛ لما في ذلك من التعاون على الإثم والعدوان.

(٥) سورة المائدة: الآية ٢.

. . . .

ذلك إن خشي المحرم وإلا كره فقط[١]، ولا بأس بشوهاء[٢] وكبيرة لا تشتهى[٣]، ولا بإعارتها لامرأة أو ذي محرم؛ لأنه مأمون عليها[٤].

وللمعير الرجوع متى شاء[٥] ما لم يأذن في شغله بشيء يستضر

---

(١) مع أمن الوقوع في المحرم بشرط: ألا يخلو بها، ولا ينظر إليها.
(ينظر المغني: ٧/ ٣٤٧).

(٢) قبيحة المنظر.

(٣) أي لا بأس بإعارة امرأة شوهاء وكبيرة للخدمة لرجل؛ لأنه مأمون عليها. بالشرط السابق.

(٤) أي عندهما فجازت إعارتها لهما.

(٥) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفية والشافعية؛ أن للمعير أن يرجع في إعارته متى شاء سواء أكانت الإعارة مطلقة أم مقيدة بعمل أو وقت؛ لأن المنافع المستقبلة لم تحصل في يده، فلم يملكها بالإعارة كما لو لم تحصل العين في يده، ولأن المنافع إنما تستوفى شيئاً فشيئاً، فكلما استوفى منفعة فقد قبضها، والذي لم يستوفه لم يقبضه فجاز الرجوع فيه، كالهبة قبل القبض.

وعند المالكية: أن الإعارة إذا اقيدت بعمل أو أجل لزمت، ولا يجوز الرجوع قبل انتهاء العمل أو الأجل، وإن أطلقت جاز الرجوع؛ لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ﴾ ولحديث أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعاً: «المسلمون علي شروطهم» أخرجه البخاري معلقاً بصيغة الجزم. =

. . . .

وَلاَ أُجْرَةَ لِمَنْ أَعَارَ حَائِطاً حَتَّى يَسْقُطَ،

المستعير برجوعه فيه[١]، كسفينة لحمل متاعه فليس له الرجوع ما دامت في لجة البحر[٢]، وإن أعاره حائطاً ليضع عليه أطراف خشبه لم يرجع ما دام عليه[٣].

(**ولا أجرة لمن أعار حائطاً**) ثم رجع (**حتى يسقط**)[٤] لأن بقاءه بحكم العارية، فوجب كونه بلا أجرة[٥]، بخلاف من أعار أرضاً لزرع

= (حاشية ابن عابدين: ٤/ ٧٦٧، والشرح الصغير: ٣/ ٥٧٢، ونهاية المحتاج: ٥/ ١٢٠، والشرح الكبير مع الإنصاف: ١٥/ ٧٠).

(١) استثنى الحنابلة ما إذا كان الرجوع يترتب عليه ضرر المستعير كما مثل المصنف.

(٢) حتى ترسي لما فيه من الضرر، فإذا رست جاز الرجوع لانتفاء الضرر، وله الرجوع قبل دخولها البحر على المذهب؛ لعدم الضرر.
وإن أعاره أرضاً للدفن لم يرجع حتى يبلى الميت ويصير رميماً، وله الرجوع قبل الدفن. (ينظر كشاف القناع ٤/ ٦٥).

(٣) للضرر بهدم البناء، وله الرجوع على المذهب قبل الوضع وبعده ما لم يبن عليه؛ لانتفاء الضرر. (المصدر السابق).

(٤) وكذا لا أجرة للمعير أيضاً في سفينة في لجة البحر، ولا في أرض أعارها للدفن حتى ترسي السفينة ويبلى الميت. (الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٥/ ٧٢).

(٥) ولأنه لا يملك الرجوع في عين المنفعة المذكورة؛ لإضراره بالمستعير. وتقدم قول المالكية: إن العارية المقيَّدة بزمن أو عمل لازمة.

وَلاَ يُرَدُّ إنْ سَقَطَ إلاَّ بإِذْنِه،

ثم رجع(١) فيبقى الزرع بأجرة المثل لحصاده جمعاً بين الحقين(٢).

(**ولا يرد**) الخشب (**إن سقط**) الحائط لهدم أو غيره(٣)، لأن الإذن تناول الأول فلا يتعداه لغيره، (**إلا بإذنه**) أي إذن[١] صاحب الحائط أو عند[٢] الضرورة إلى وضعه إذا لم يتضرر الحائط، كما تقدم في الصلح(٤).

---

(١) قبل كمال الزرع.

(٢) وهذا هو المذهب، فتجب إجرة المثل من حين الرجوع إلى حصاد الزرع؛ لأن الأصل جواز الرجوع، وإنما منع القلع لما فيه من الضرر، ففي دفع الأجر جمع بين الحقين.
والوجه الثاني: لا تجب الأجرة في شيء من المواضع؛ لأن حكم العارية باق فيه؛ لكونها صارت لازمة للضرر اللاحق بفسخها، والإعارة تقتضي الانتفاع بغير عوض. واختار هذا المجد، وصححه الناظم والحارثي. (المصدر السابق).

(٣) كأن زال الخشب، والحائط بحاله، وهذا هو المذهب؛ لما علل به المؤلف.
وقال القاضي وابن قدامة: له إعادته إلى الحائط؛ لأن البيت مستمر فكان الاستحقاق مستمراً. (المصدر السابق).

(٤) ينظر: (٦/ ٤٨٦).

---

[١] في / ش. بزيادة لفظ: (إذا).

[٢] في / س، م. بلفظ: (وعند).

وَتُضْمَنُ العَارِيَةُ

(وتضمن العارية)(١) المقبوضة إذا تلفت في غير ما استعيرت له .

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية، سواء تعدَّى أو لم يتعد: أن العارية مضمونة؛ لما استدل به المؤلف، ولقوله تعالى: ﴿**إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا**﴾ والأمر بتأديتها يلزم ردَّ عينها إن كانت باقية، أو ضمانها ببدلها إن كانت تالفة.

ونوقش: بأن الأمر بتأدية الأمانة لا يستلزم منه ضمانها إذا تلفت.

ولحديث صفوان بن أمية أن رسول الله ﷺ: «استعار منه أدرعاً يوم حنين، فقال: أغصب يا محمد؟ فقال: لا بل عارية مضمونة» رواه أحمد، وأبو داود، والحاكم، والبيهقي، والدراقطني، وضعفه ابن حزم في المحلى: (٩ / ١٧١).

وأجاب عنه ابن القيم: بأن المراد ضمان الرد، لا ضمان التلف لأمور ثلاثة:

الأول: أنه جاء في بعض ألفاظ الحديث: «بل عارية مؤداة» رواه الحاكم وصححه على شرط مسلم، والبيهقي.

الثاني: أن صفوان رضي الله عنه لم يسأل عن التلف، وإنما سأله هل تأخذها مني غصباً تحول بيني وبينها.

الثالث: أن النبي ﷺ جعل الضمان صفة للعارية نفسها، ولو كان ضمان تلف لكان لبدلها. (زاد المعاد: ٣ / ٤٨٢).

واستدلوا أيضاً: أنه جاء في بعض الروايات: فضاع بعضها – أي الأدرع – فعرض عليه رسول الله ﷺ أن يضمنها له، فقال: أنا اليوم يا رسول الله في الإسلام أرغب» رواه أحمد، وأبو داود.

قال ابن القيم في الهدي (٣ / ٤٨٢): «قيل: هل عرض عليه أمراً =

. . . .

. . . .

. . . .

= واجباً، أو أمراً مستحبًّا الأولى فعله . . . ولو كان الضمان واجباً لم يعرضه عليه، بل كان يفي له به . . . ».

وعند الحنفية وابن حزم: أن العارية أمانة في يد المستعير لا يضمنها إلا بتعدٍّ أو تفريط.

ودليل عدم تضمين المستعير: قوله تعالى: ﴿**فَلا عُدْوَانَ إِلاَّ عَلَى الظَّالِمِينَ**﴾ وهذا يشمل المستعير، فلا يضمن إلا إذا ظلم وتعدى.

ولقوله تعالى: ﴿**وَلا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ**﴾ وقوله تعالى: ﴿**إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ وَيَبْغُونَ فِي الأَرْضِ بِغَيْرِ الْحَقِّ أُوْلَئِكَ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ**﴾.

ولحديث أبي أمامة الباهلي مرفوعاً: « **العارية مؤداة، والمنحة مردودة، والدين مقضي، والزعيم غارم** » رواه أحمد، وأبو داود، والترمذي وحسنه، والبيهقي وغيرهم.

فقوله ﷺ: « مؤادة » يدل على أنها أمانة؛ لقوله تعالى: ﴿**إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا**﴾.

ولقول عمر رضي الله عنه: «**العارية بمنزلة الوديعة، ولا ضمان فيها إلا أن يتعدى**» رواه عبدالرزاق وابن حزم، وحسنه في إعلاء السنن: (١٦ / ٥٦).

ولقول علي رضي الله عنه: «**ليست العارية مضمونة، إنما هو معروف، إلا أن يخالف فيضمن**» رواه عبدالرزاق وابن أبي شيبة وابن حزم: (٩ / ١٧٣) وصححه.

وعند المالكية: لا يلزم المستعير ضمان ما لا يخفى هلاكه كالحيوان =

. . . .

. . . .

لقوله ـ عليه السلام ـ: **«وعلى اليد ما أخذت حتى تؤديه»**(١) رواه الخمسة

= والعقار ونحو ذلك إلا بتعد أو تفريط، ويضمن ما يخفى هلاكه كالحلي والأواني ونحوها، إلا إذا قامت البينة على عدم التعدي أو التفريط.

وعللوا: بأن القبض في العارية لمنفعة القابض فجاز أن يتعلق به الضمان إذا كان مما يخفى هلاكه كالقرض.

ولأن ما لا يخفى هلاكه منفعته تطوع بها المالك، فلم تضمن مع عدم التعدي، كالعبد الموصى بخدمته.

(المبسوط: ١١/ ١٣٤، وبدائع الصنائع: ٦/ ١١٧، والإشراف: ٢/ ٣٩، والتفريع: ٢/ ٢٦٩، والأم: ٣/ ٢٥٠، وحلية العلماء: ٥/ ١٨٩، ومسائل أحمد لابنه صالح: ١/ ٤٥٣، والمحرر: ١/ ٣٦٠، والفروع: ٤/ ٤٧٤، والمحلى: ٩/ ١٧٤، ونيل الأوطار: ٣/ ٢٩٧).

وعن الإمام أحمد: تضمن العارية إن شرط المعير الضمان وإلا فلا، اختار هذه الرواية أبو حفص العكبري، وشيخ الإسلام، وصاحب الفائق؛ لحديث: **«المسلمون على شروطهم»**. (الإنصاف مع الشرح الكبير: ١٥/ ٩٢).

(١) أخرجه أبو داود: (٣/ ٨٢٢) – البيوع – باب في تضمين العارية (ح ٣٥٦١)، والترمذي: (٣/ ٥٥٧) – البيوع – باب ما جاء في أن العارية مؤداة – (ح ١٢٦٦)، وابن ماجه: (٢/ ٨٠٢) – الصدقات – باب العارية – (ح ٢٤٠٠)، والدارمي: (٢/ ١٧٨) – البيوع – باب في العارية مؤداة – (ح ٦٠٤)، وابن الجارود في المنتقى: (ص ٣٤٠، ٣٤١ – ح ١٠٢٤)، والطبراني في الكبير: (٧/ ٢٥١، ٢٥٢ ح ٦٨٦٢)، =

. . . .

. . . .

وصححه الحاكم، وروي عن ابن عباس وأبي هريرة(١)، لكن المستعير من المستأجر أو لكتب علم[١] ونحوها(٢) موقوفة لا ضمان عليه إن لم يفرط.

= والقضاعي في مسند الشهاب: (١/ ١٨٩ - ح ٢٨٠، ٢٨١)، والحاكم: (٢/ ٤٧) - البيوع -، والبيهقي: (٦/ ٩٠) - العارية - باب العارية مضمونة، (٦/ ٩٥) - الغصب - باب رد المغصوب إذا كان باقياً، (٨/ ٢٧٦-٢٧٧) - السرقة - باب غرم السارق، ابن حزم في المحلى: (٩/ ١٧٢) من طريق قتادة عن الحسن عن سمرة.

الحديث صحيح، وقد زال الخوف من تدليس قتادة، حيث جاءت رواية شعبة بن الحجاج عنه عند ابن حزم في المحلى، وقد كفانا شعبة تدليسه، أما سماع الحسن من سمرة فالراجح صحته، وهو رأي علي بن المديني والبخاري والترمذي.

وصحح الحديث الترمذي والحاكم الذهبي والسيوطي في الجامع الصغير.

(١) أي في ضمان العارية أخرجه عبدالرزاق: (٨/ ١٨٠ - ح ١٤٧٩١، ١٤٧٩٢)، وابن أبي شيبة: (٦/ ١٤١، ١٤٢) - البيوع - (ح ٥٨٥، ٥٩٣)، وابن حزم في المحلى: (٩/ ١٧٠)، والبيهقي: (٦/ ٩٠) - العارية - باب العارية مضمونة.

(٢) تقدم أن المذهب ضمان العارية مطلقاً، لكنهم يستثنون أربع مسائل لا ضمان لها:

الأولى: المستعير من المستأجر، إذ الأصل - المستأجر - لا ضمان عليه.

الثانية: إذا كانت العارية كتب علم موقوفة، أو أدرعاً موقوفة على الغزاة لا=

---

[١] في / ظ. بلفظ: (العلم).

بِقِيمَتِهَا يَوْمَ تَلِفَتْ، وَلَو شَرَطَ نَفْيَ ضَمَانِهَا

وحيث ضمنها المستعير فـ (**بقيمتها يوم تلفت**)(١) [١[إن لم تكن مثلية وإلا فبمثلها كما تضمن في الإتلاف]١](٢).

(**ولو شرط نفي ضمانها**) لم يسقط؛ لأن كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط(٣)، [٢[وعكسه نحو وديعة لا تصير مضمونة بالشرط]٢](٤)

= ضمان على مستعيرها إذا لم يتعدَّ ويفرِّط، ويضمن إذا تعدى أو فرط.

الثالثة: إذا تلفت أجزاؤها بالاستعمال بالمعروف.

الرابعة: إذا أركب منقطعاً للثواب كما يأتي.

(١) لأن يوم التلف يتحقق فيه فوات العارية، فوجب اعتبار الضمان به إن كانت متقومة، ولم تكن مثلية.

(٢) أي إن كانت مثلية فعليه مثلها؛ لأنه أقرب من القيمة، وتقدم بيان المثلي والقيمي في باب الغصب.

(٣) وهذا هو المذهب؛ لما علل به المؤلف.

وعن الإمام أحمد: أن العارية تضمن بالشرط، واختارها شيخ الإسلام وتقدم؛ لحديث أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعاً: «**المسلمون على شروطهم**» (الفروع: ٤ / ٤٧٤، والإنصاف: ٦ / ١١٣).

(٤) فكل أمانة نحو وديعة، ورهن، وشركة، ومضاربة وغيرها لا تصير مضمونة بشرط الضمان؛ لأن مقتضى العقد كونه أمانة، فإذا شرط ضمانه فقد التزم ضمان ما لم يوجد سبب ضمانه فلم يلزمه. (ينظر كشاف القناع: ٤ / ٧١).

[١-١] ساقط من / م، ف.

[٢-٢] ساقط من / م، ف.

وَعَلَيْهِ مُؤْنَةُ رَدِّهَا إلاَّ الـمُؤْجَرَةُ،

وإن تلفت هي أو أجزاؤها في انتفاع بمعروف لم تضمن؛ لأن الإذن في الاستعمال تضمن الإذن في الإتلاف(١)، وما أذن في إتلافه غير مضمون، **(وعليه)** أي على المستعير **(مؤنة ردها)** أي رد العارية(٢)، لما تقدم من حديث(٣): «**على اليد ما أخذت حتى تؤديه**»(٤)، وإذا كانت واجبة الرد وجب أن تكون مؤنة الرد على من وجب عليه الرد(٥)، **(لا المؤجرة)** فلا يجب على المستأجر مؤنة ردها؛ لأنه لا[١] يلزمه(٦) الرد، بل يرفع

---

(١) بحمل المنشفة، والقطيفة، وثوبٍ بلي باللبس، وكذا إذا تلفت بمرور الزمن. (المصدر السابق).

(٢) وهذا هو المذهب، وقول الحنفية، والأظهر عند المالكية والشافعية؛ لما استدل به المؤلف، ولأن الإعارة مكرمة فلو لم تجعل المؤونة على المستعير لامتنع الناس، ولقاعدة: كل ما كان مضمون العين فهو مضمون الرد.

وفي قواعد ابن رجب القاعدة (٣٨): « وقيل: مؤنة ردها على المالك ».

(حاشية ابن عابدين: ٤ / ٥٠٥، والشرح الكبير للدردير: ٤ / ٤٤١، ومغني المحتاج: ٥ / ١٢٤، ونيل المآرب: ١ / ١٣٧).

(٣) «**على اليد ما أخذت حتى تؤديه**» تقدم تخريجه قريباً (ص ١٧٥).

(٤) وكذا في قوله تعالى: ﴿ **إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا** ﴾.

(٥) لأنه من لازمه، وكمغصوب. (ينظر كشاف القناع: ٤ / ٧٣).

(٦) وإذا لم يلزمه الرد فمؤنته من باب أولى.

---

[١] في / س ، هـ. بلفظ: (لا يلزم).

وَلاَ يُعِيرُهَا،

يده إذا انقضت المدة[١]، ومؤنة الدابة المؤجرة والمعارة على المالك[٢]، وللمستعير استيفاء المنفعة بنفسه وبوكيله[٣] لأنه نائبه. **(ولا يعيرها)**[٤]

---

(١) ويتسلمها مالكها. ما لم يكن هناك شرط أو عرف.

(٢) وهذا هو المذهب، والمعتمد عند المالكية، ومذهب الشافعية: أن نفقة العارية على مالكها؛ لأنها لو كانت على المستعير لكان كراء، وربما كان ذلك أكثر من الكراء، فتخرج العارية إلى الكراء، ولأن تلك النفقة من حقوق الملك.
وعند الحنفية: أن ذلك على المستعير؛ لإن مالك الدآبة فعل معروفاً، فلا يشدد عليه. (المصادر السابقة).

(٣) وفي الشرح الكبير مع الإنصاف (١٥ / ٨٧): «ولا نعلم في هذا خلافاً، ولا خلاف بينهم على أن المستعير لا يملك العين، وأجمعوا على أن للمستعير استعمال المعار فيما أذن له فيه».

(٤) وهذا هو المذهب، وهو مذهب الشافعية: أن المستعير لا يملك إعارة العارية إلا بإذن صاحبها؛ لما علل به المؤلف، ولأن الناس يتفاوتون في الاستعمال، والمعير لم يرض بانتفاع غير المستعير.
وعند الحنفية: يملك الإعارة إلا إذا نهاه المعير، أو استعملها المستعير، أو انتهى من العمل الذي استعارها له، أو كانت مقيدة، وهي ما يختلف باختلافها المستعمل.
ودليل هذا الرأي: ما رواه أنس بن مالك رضي الله عنه قال: «**لما قدم المهاجرون من مكة، وليس بأيديهم يعني شيئاً ... فقاسمهم الأنصار على أن** =

. . . .

. . . .

ولا يؤجرها(١) لأنه إباحة المنفعة، فلم يجز أن يبيحها غيره، كإباحة

= **يعطوهم ثمار أموالهم كل عام، ويكفوهم العمل والمؤنة، وكانت أمه أم أنس أم سليم كانت أم عبدالله بن أبي طلحة، فكانت أعطت أم أنس رسول الله ﷺ عذاقاً ـ جمع عذق وهي النخلة ـ فأعطاهن النبي ﷺ أم أيمن مولاته أم أسامة» متفق عليه**. فعذق أم سليم كانت منيحة عارية للنبي ﷺ فأعارها النبي ﷺ أم أيمن.

ونوقش: بعدم التسليم، إذ العارية ترد ذاتها، والنبي ﷺ أعطى غير ما أخذ بدليل ما جاء في الحديث «فأعطى رسول الله ﷺ أم أيمن مكانهن من حائطه» فالنبي ﷺ أعطاها من باب المكافأة على فعل المعروف.

وعللوا: بأن المعير قد رضي باستعمال المستعير، لا باستعمال غيره، فلا يملك الإعارة إذا كانت العين تختلف باختلاف المستعمل دفعاً للضرر عنه. (الهداية: ٣/٢٢١).

وعند المالكية: أن المستعير يملك الإعارة مطلقاً؛ لما تقدم من حديث أنس رضي الله عنه.

(المبسوط: ١١/١٤٠، والهداية: ٣/٢٢١، والتفريع: ٢/٢٦٩، وحاشية الدسوقي: ٣/٤٣٣، والمهذب: ١/٣٧١، وحلية العلماء: ٥/١٩٥، والفروع: ٤/٤٧٤، والمبدع: ٥/١٦٤).

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما علل به المؤلف، ولأن الإجارة أعلى من الإعارة لأنها لازمة، فلو جاز للمستعير أن يؤجر لتضرر المؤجر.

وعند المالكية: أن للمستعير أن يؤجر العارية؛ لأنه مالك للانتفاع.

وأجيب عنه: بعدم التسليم كما سبق أول الباب. (المصادر السابقة).

. . . .

فَإنْ تَلِفَتْ عِنْدَ الثَّانِي اسْتَقَرَّتْ عَلَيْهِ قِيمَتُهَا، وَعَلَى مُعِيرِهَا أُجْرَتُهَا،

الطعام، (**فإن**) أعارها و (**تلفت عند الثاني استقرت عليه قيمتها**)(١) إن كانت متقومة سواء كان عالماً بالحال أو لا(٢)؛ لأن التلف حصل في يده(٣)، (و) استقر (**على معيرها أجرتها**)(٤) للمعير الأول إن لم يكن المستعير الثاني عالماً بحال(٥)، وإلا استقرت [عليه][١] أيضاً(٦).

---

(١) أو مثلها إن كانت مثلية.

(٢) أي سواء علم المستعير الثاني أن للعين مالكاً لم يأذن في إعارتها، أو لم يعلم.

(٣) فعليه قيمتها أو مثلها؛ لدخوله على ضمانها إن علم الحال بأنها ليست ملكاً للمعير، ولا مأذوناً له فهو غاصب، وإن لم يعلم الحال فلأنه قبضها على أنها عارية، والعارية مضمونة – عند أهل العلم – وتقدم خلاف أهل العلم في هذه المسألة.

(٤) لأنه غر الثاني بدفعها له على أن يستوفي منافعها بغير عوض فاستقر عليه ضمان المنفعة دون الثاني.

(٥) وهو أن للعين مالكاً لم يأذن في إعارتها، فوجبت الأجرة على الغار بدفعها بدون إعلام بالحال. (ينظر: كشاف القناع ٤ / ٧٢).

(٦) أي وإلا استقرت أجرة العين المعارة على المستعير الثاني أيضاً مع قيمة العين لعلمه بأن العين لم تكن ملكاً لمعيره، مثال ذلك: لو أعار زيد دآبة لعمرو فأعارها بكراً فتلفت عنده – ضمنها مطلقاً – على القول بضمان العارية وهو المذهب - وأجرتها على بكر أيضاً إن كان عالماً بالحال، وإلا كانت الأجرة على عمرو.

---

[١] ساقط من / س.

وَيُضَمِّنُ أَيَّهُمَا شَاءَ، وَإِنْ أَرْكَبَ مُنْقَطِعًا لِلثَّوَابِ لَمْ يَضْمَنْ،

(و) للمالك أن (يضمن أيهما شاء) من المعير؛ لأنه سلط[١] على إتلاف ماله أو[٢] المستعير؛ لأن التلف حصل تحت يده(١)، (وإن أركب) دابته (منقطعاً)[٣] طلباً ([للثواب][٤] لم يضمن)(٢)؛ لأن يد ربِّها لم تزل عليها(٣)، كرديفه ووكيله(٤)، ولو سلم شريكه الدابة فتلفت بلا تفريط ولا تعدٍّ لم يضمن(٥) إن لم يأذن له في الاستعمال(٦)، فإن أذن له فيه فكعارية(٧) وإن كان بإجرة

---

(١) أي فله تضمينه، كما لو سلط على مال غيره دآبة فأكلته. (كشاف القناع: ٤ / ٧٢).

(٢) أي المنقطع تلف الدابة تحته؛ لأن المالك هو الطالب لركوبه تقرباً إلى الله، ولأنها غير مقبوضة. (كشاف القناع ٤ / ٧١).

(٣) وراكبها لم ينفرد بحفظها.

(٤) كما لا يضمن رديف ربها؛ لأنها بيد مالكها، وكما لا يضمن وكيل رب الدابة إذا تلفت في يده؛ لأنه ليس بمستعير. (المصدر السابق).

(٥) لأنه أمين.

(٦) وإنما سلمها له ليحفظها بلا استعمال.

(٧) لها أحكام العارية، وإن استعملها بلا إذن فغصب.

---

[١] في / م، ف. بلفظ: (يتسلط).

[٢] في / س. بلفظ: (والمستعير).

[٣] في / هـ. بلفظ: (منقطاً).

[٤] ساقط من / م، ف.

وَإِذَا قَالَ أَجَّرْتُكَ، قَالَ: بَلْ أَعَرْتَنِي، أَوْ بِالعَكْسِ عَقِبَ العَقْدِ قُبِلَ قَوْلُ مُدَّعِي الإِعَارَةِ،

[فإجارة][١](١)، فلو سلمها إليه ليعلفها، ويقوم بمصالحها لم يضمن(٢).

(**وإذا قال**) المالك: (**أجرتك**) و (**قال**) من هي بيده: (**بل أعرتني أو بالعكس**) بأن قال: أعرتك، قال: بل أجرتني، فقول المالك في الثانية، وترد إليه في الأول إن اختلفا (**عقب العقد**) أي قبل مضي مدة لها [٢][أجرة (**قبل قول مدعي الإعارة**) مع يمينه، لأن الأصل عدم عقد]٢] الإجارة، وحينئذ ترد العين إلى مالكها إن كانت باقية(٣).

---

(١) أي وإن سلم شريك لشريكه دآبة فإجارة، له أحكام الإجارة.

(٢) لأنها حينئذ أمانة في يده، أو سلمها لشريكه؛ ليكون استعماله لها في نظير إنفاقه عليها، أو تناوبه معه لم يضمن.

فـــرع: ويجبر رد عارية بطلب مالك، وبانقضاء الغرض منها، وبانتهاء التوقيت، وبموت معير أو مستعير، فإن أخر الرد فعليه أجرة المثل؛ لعدم الإذن فيه. (كشاف القناع ٤ /٧٣).

(٣) إذا اختلف المتعاقدان في صفة العقد، فله حالتان:

الحال الأولى: أن يكون ذلك عقب العقد كأن يقول المالك: أجرتك فلي الأجرة، فينكر القابض ويقول: بل أعرتني فليس لك أجرة، فالقول قول القابض مع يمينه؛ لأن الأصل عدم عقد الإجارة، وبراءة ذمة من بيده العين. (المبسوط: ١١ /١٤٩، وحاشية الدسوقي: ٣ /٤٤٠، وفتح العزيز: ١١ /٢٣٤، والمغني: ٧ /٣٥٦، والكافي لابن قدامة: ٢ /٣٨٨، والفروع: ٤ /٤٧٧).

وإن قال المالك: أعرتك، وقال القابض آجرتني، فقول مدعي الإعارة لما تقدم من التعليل السابق. (المغني: ٧ /٣٥٦، والكافي لابن قدامة: ٢ /٣٨٨).

---

[١] ساقط من / س. [٢-٢] ساقط من / ف.

وَبَعْدَ مُضِيٍّ مُدَّةٍ قَوْلُ الـمَالِكِ بِأُجْرَةِ الـمِثْلِ،

(و) إن كان الاختلاف (**بعد مضي مدة**) لها أجرة فالقول (**قول المالك**)(١) مع يمينه؛ لأن الأصل في مال الغير الضمان، ويرجع المالك حينئذ (**بأجرة المثل**)(٢) لما مضى من المدة؛ لأن الإجارة لم تثبت. (**وإن**

(١) الحال الثانية: أن يكون الخلاف بعد مضي مدة لها أجرة:
فالمذهب، وهو قول المالكية: والشافعية، واختاره شيخ الإسلام: أن القول قول المالك مع يمينه؛ لأن المنافع تجري مجرى الأعيان في الملك والعقد عليها، ولو اختلفا في الأعيان كان القول قول المالك فكذا هنا، ولأن الغالب خروج الأعيان أو المنافع مقابل العوض؛ ولما علل به المؤلف.
وعند الحنفية: أن القول قول القابض؛ لأنهما اتفقا على تلف المنافع على ملك القابض، وادعى المالك عوضاً، والأصل عدم وجوبه، وبراءة ذمة القابض منه.
ونوقش: بأنه لا يسلم عدم الوجوب. (المصادر السابقة).
فالأقرب: القول الأول، ما لم تكن هناك قرينة، أو بينة.

(٢) هذا هو المذهب؛ لأنهما لو اتفقا على وجوبه واختلفا في قدره وجب أجر المثل فمع الاختلاف في أصله أولى.
والوجه الثاني: يجب المسمى؛ لأنه وجب بقول المالك ويمينه فوجب ما حلف عليه كالأصل.
وقيل: يلزمه أقل الأمرين من المسمى وأجر المثل؛ لأنه إن كان المسمى أقل فقد رضي به، وإن كان أكثر فليس له إلا أجر المثل.
(المغني: ٧/ ٤٦٣، والشرح الكبير مع الإنصاف: ١٥/ ١٠٤).

وَإِنْ قَالَ: أَعَرْتَنِي. أَوْ قَالَ: أَجَّرْتَنِي. قَالَ: بَلْ غَصَبْتَنِي، أَوْ قَالَ: أَعَرْتُكَ، قَالَ: بَلْ أَجَّرْتَنِي. وَالبَهِيمَةُ تَالِفَةٌ،

قال) الذي في يده العين: **(أعرتني. أو قال: أجرتني، قال)** المالك: **(بل غصبتني)**(١)، فقول مالك كما لو اختلفا في ردها، **(أو قال)** المالك: **(أعرتك)**، و **(قال)** من هي بيده: **(بل أجرتني**[١]**، والبهيمة تالفة)**(٢)،

---

(١) في الشرح مع الإنصاف (١٥/١٠٧): «إذا كان الاختلاف عقيب العقد، والدآبة قائمة لم تنقص فلا معنى للاختلاف، ويأخذ المالك دآبته، وكذلك إنا كانت الدآبة تالفة وادعى الراكب العارية؛ لأن القيمة تجب على المستعير كوجوبها على الغاصب.

وإن كان الاختلاف بعد مضى مدة لها أجرة فالاختلاف في وجوبه، والقول قول المالك، وهذا ظاهر قول الشافعي، ونقل المزني عنه: أن القول قول الراكب؛ لأن المالك يدعي عوضاً الأصل براءة ذمته منه ...».

(٢) في الإنصاف مع الشرح الكبير (١٥/١٠٥): «بلا نزاع».

وفي الشرح الكبير: «القول قول المالك إذا كان قبل مضي مدة لمثلها أجرة سواء ادعى الإجارة أو الإعارة ... وإن اختلفا بعد مضي مدة لمثلها أجر، والبهيمة تالفة، وكان الأجر بقدر قيمتها، أو كان ما يدعيه المالك أقل مما يعترف به الراكب فالقول قول المالك بلا يمين إذ لا فائدة في اليمين على شيء يعترف له به خصمه ...، وإن كان ما يدعيه المالك أكثر بأن تكون قيمة الدآبة أكثر من أجرها، فادعى أنها عارية لتجب القيمة .... أو كان الكراء أكثر من قيمتها فادعى المالك أنه أجرها وادعى الراكب أنها عارية، فالقول قول المالك باليمين، ومذهب الشافعي نحو ما ذكرنا».

---

[١] في / ف. بلفظ: (أجرتني البهيمة).

أَوْ اخْتَلَفَا فِي رَدٍّ فَقَوْلُ المَالِكِ.

فقول مالك؛ لأنهما اختلفا في صفة القبض، والأصل فيما يقبضه الإنسان من مال غيره الضمان للأثر(١)، ويقبل قول الغارم في القيمة(٢)، (**أو اختلفا**[١] **في ردٍّ فقول المالك**)(٣) لأن المستعير قبض العين لحظ نفسه، فلم يقبل قوله في الرد، وإن قال: أودعتني، فقال: غصبتني(٤)، أو قال[٢]: أودعتك، قال: بل أعرتني صُدِّقَ المالك

---

(١) تقدم تخريجه قريباً.

(٢) لقوله ﷺ في حديث ابن عباس: «**لو يعطي الناس بدعواهم لا دعى رجال دماء قوم وأموالهم**».

(٣) وهذا هو المذهب، وهو قول الشافعية؛ لما استدل به المؤلف، ولأن الأصل عدم الرد كالمدين إذا ادعى أداء الدين.
وعند الحنفية: أن القول قول المستعير مع يمينه؛ لأن المستعير أمين ينكر وجوب الضمان عليه فكان القول قوله أشبه المودَع.
وعند المالكية: أن القول قول المستعير فيما لا يخفى هلاكه، وإن كان مما يخفى هلاكه فالقول قول المعير؛ قياساً على قبول قول المستعير في التلف إذا كان المال مما يخفى هلاكه.
(المبسوط: ١١/ ١٤٤، وشرح الخرشي: ٦/ ١٢٨، والإقناع للشربيني: ٣/ ١٣٧، ومعونة أولي النهى: ٥/ ٢٤٠).

(٤) فالقول قول المالك بيمينه؛ لأن الأصل عدم الإيداع.

---

[١] في / س. بلفظ: (إن اختلفا).

[٢] في / س. بلفظ: (وقال).

. . . .

بيمينه[١] وعليه الأجرة بالانتفاع[٢].

* * *

---

(١) لما تقدم، ما لم تكن بينة، أو قرينة.

(٢) أي على قابض العين الأجرة بالانتفاع بالمقبوض، ويرد العين إن كانت باقية أو قيمتها إن كانت متقومة، أو مثلها إن كانت مثلية.

* * *

. . . .

بَـابُ الغَصْبِ

وَهُوَ الاسْتِيلاءُ عَلَى حَقٍّ غَيْرِهِ

بـاب الغصب(١)

(الغصب) مصدر غصب يغصب – بكسر الصاد – **(وهو)** لغة: أخذ الشيء ظلماً(٢) واصطلاحاً: **(الاستيلاء)** عرفاً(٣) **(على حق غيره)**

---

(١) أي هذا باب يذكر فيه أحكام الغصب، وجناية البهائم، وما في معنى ذلك من الاتلافات.

(٢) في المصباح المنير (٢/٤٤٨): «غصبه غَصْباً من باب ضرب، واغتصبه أخذه قهراً وظلماً، فهو غاصب، والجمع غصاب مثل كافر وكفار، ويتعدى إلى مفعولين فيقال: غصبته ماله، وقد تزاد مِنْ في المفعول الأول، فيقال: غصبت منه ماله ...»، (ولسان العرب: ١/٦٤٨).

(٣) فما عد في العرف استيلاء مع تمام الحد فهو غاصب، ويختلف باختلاف المستولي عليه.

قال شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ١٦١): «قال في المحرر: وهو الاستيلاء على مال الغير ظلماً.

قوله: «على مال الغير» يدخل فيه مال المسلم والمعاهد، وهو المال المعصوم، ويخرج منه: استيلاء المسلمين على أموال أهل الحرب فإنه ليس بظلم.

ويدخل فيه: استيلاء المحاربين على مال المسلمين وليس بجيد، فإنه ليس من الغصب المذكور حكمه هنا بإجماع المسلمين، إذ لا خلاف أنه لا =

قَهْراً بِغَيْرِ حَقٍّ،

مالاً كان أو اختصاصاً(١) **(قهراً بغير حق)**، فخرج بقيد القهر: المسروق والمنتهب والمختلس(٢)، وبغير حق [١][استيلاء الولي على مال الصغير ونحوه(٣)، والحاكم على][١] مال المفلس(٤)،وهو محرم لقوله ـ تعالى ـ:

= يضمن بالإتلاف ولا بالتلف، وإنما الخلاف في وجوب رد عينه، وأما أموال أهل البغي وأهل العدل فقد لا يرد؛ لأن هناك لا يجوز الاستيلاء على عينها، ومتى أتلفت بعد الاستيلاء على عينها ضمنت، وإنما الخلاف في ضمانها بالإتلاف وقت الحرب.

ويدخل فيه: ما أخذه الملوك والقطاع من أموال الناس بغير حق من المكوس وغيرها» ا.هـ.

(١) المختص مثل: كلب الصيد، وحرث وماشية، وخمرة ذمي. قال ابن رجب في القواعد ص١٩٢: «حقُّ الاختصاص عبارة عما يختص مستحقه بالانتفاع به، ولا يملك أحدٌ مزاحمته فيه، وهو غير قابل للشمول والمعاوضات».

(٢) السرقة: أخذ مال الغير من حرز مثله على وجه الخفية. (مغني المحتاج: ٤/١٥٨).

في المصباح (٢/٦٢٧): «... النهب أي الانتهاب، وهو الغلبة على المال والقهر». وفيه أيضاً (١/١٧٧): «خلست الشيء خَلْسةً من باب ضرب اخطفته بسرعة على غفلة». فهذه ليست غصباً.

(٣) كالمجنون، والبالغ غير الرشيد، فليس غصباً.

(٤) انظر: باب الحجر.

ومن تعاريف الحنفية: أخذ مال متقوم غير محرم بلا إذن من له الإذن على وجه يزيل يده بفعل في العين. =

. . . .

مِنْ عَقَارٍ وَمَنْقُولٍ،

﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾(١) (من عقار) بفتح العين: الضيعة، والنخل، والأرض، قاله أبو السعادات(٢)(٣)، (ومنقول) من أثاث

= ومن تعاريف المالكية: أخذ المال قهراً تعدِّياً بلا حرابة.

ومن تعاريف الشافعية: أخذ مال الغير على وجه التعدي.

(مجمع الضمانات: ص ١١٧، وكفاية الطالب الرباني: ٣ / ٥٧٠، وروضة الطالبين: ٥ / ٣).

(١) سورة البقرة: الآية ١٨٨.

وأما السنة: فحديث أبي بكرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**إن دماءكم، وأموالكم، وأعراضكم حرام عليكم** ...» متفق عليه.

وأما الإجماع: (فقد نقله غير واحد من العلماء).

(انظر: المغني: ٨ / ٣٦٠، وبدائع الصنائع: ٧ / ١٤٨، والمهذب: ١ / ٣٦٧).

وفي الإفصاح (٢ / ٢٨): «واتفقوا على أن الغصب حرام، وأنه أخذ بعدوان وقهر».

(٢) ابن الأثير في النهاية (٣ / ٢٧٤)، وفي المصباح (٢ / ٤٢١): «والعقار مثل سلام: كل مِلك ثابت له أصل كالدار والنخل، قال بعضهم: وربما أطلق على المتاع، والجمع عقارات».

(٣) فالمذهب، ومذهب المالكية والشافعية: أن الغصب يكون في العقار؛ لحديث عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «**من ظلم قيد شبر من الأرض طُوِّقَهُ من سبع أرضين**» متفق عليه. =

---

[١] ساقط من / م، ف.

. . . .

وحيوان(١) ولو أم ولد(٢)، لكن لا تثبت اليد على بضع(٣) فيصح تزويجها(٤).

= قال ابن حجر في الفتح (٥/١٠٣): «وفي الحديث إمكان غصب الأرض».

وعند أبي حنيفة وأبي يوسف: أن العقار لا يتصور وجود معنى الغصب فيه، لعدم إمكان نقله وتحويله، فصار كما لو حال بين المالك ومتاعه فتلف المتاع فلا ضمان، أما لو أتلفه الغاصب بنفسه كأن هدمه ضمن.

(بدائع الصنائع: ٧/١٤٥، وتبيين الحقائق: ٥/٢٢٤، والشرح الكبير للدردير: ٣/٤٤٣، ومغني المحتاج: ٢/٢٧٥، وكشاف القناع: ٤/٨٣).

(١) وشجر وزرع ونحوهما.

(٢) وفي الشرح الكبير مع الإنصاف (١٥/١١٤): «وهو قول الشافعي، وأبي يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: لا تضمن؛ لأن أم الولد لا تجري مجرى المال، بدليل أنه لا يتعلق بها حق الغير فأشبهت الحر.

ولنا: أنها تضمن بالقيمة، فتضمن بالغصب كالقن، ولأنها مملوكة أشبهت المدبرة، وفارقت الحرة فإنها ليست مملوكة ولا تضمن بالقيمة»

(٣) في المصباح (١/٥١): «البضع بالضم جمعه أبضاع مثل: قفل وأقفال يطلق على الفرج، والجماع، والتزويج ...».

(٤) ولو كانت بيد الغاصب؛ لأنه تثبت يده على بضعها بخلاف بيعها، فلا يصح إلا على غاصبها، أو قادر على أخذها منه.

. . . .

. . . .

ولا يضمن نفعه[١]، ولو دخل داراً قهراً وأخرج ربها فغاصب[٢]، وإن أخرجه قهراً ولم يدخل أو دخل مع حضور ربها وقوته فلا[٣]،

---

(١) وهذا باتفاق الأئمة.

(شرح الخرشي وحاشية ابن العدوي عليه: ٦ / ١٤١، وروضة الطالبين: ٥ / ١٤، والشرح الكبير مع الإنصاف: ١٥ / ١١٤).

أي نفع البضع وهو المهر، فلو حبسها عن النكاح حتى فات بالكبر لم يضمن المهر بالتفويت؛ لأن النفع إنما يضمن بالتفويت إذا كان مما تصح المفاوضة عليه بالإجارة، والبضع ليس كذلك. (المصادر السابقة).

قال ابن رجب في القاعدة (٩١): «من الأصحاب من قال منفعة البضع لا تدخل تحت اليد، وبه جزم القاضي في خلافه وابن عقيل في تذكرته وفرعوا عليه صحة تزويج الأمة المغصوبة، وأن الغاصب لا يضمن مهرها، ولو حبسها عن النكاح حتى فات بالكبر، وخالف ابن المني وجزم بضمان مهر الأمة بتفويت النكاح، وذكر في الحرة تردداً لامتناع ثبوت اليد عليها».

(٢) لوجود الاستيلاء. (ينظر المغني: ٧ / ٣٦٥).

(٣) لعدم الاستيلاء، قال ابن قدامة في المغني (٧ / ٣٦٥): «ولا يحصل الغصب من غير استيلاء، فلو دخل أرض إنسان أو داره لم يضمنها بدخوله، سواء دخلها بإذنه أو غير إذنه، وسواء كان صاحبها فيها أو لم يكن.

وقال بعض أصحاب الشافعي: إن دخلها بغير إذنه ولم يكن صاحبها فيها ضمنها....».

. . . .

وَإِنْ غَصَبَ كَلْباً يُقْتَنَى أَوْ خَمرَ ذِمِّيٍّ رَدَّهُمَا،

وإن دخل قهراً ولم يخرجه فقد غصب ما استولى عليه(١)، وإن[١] لم يرد الغصب فلا، وإن دخلها قهراً في غيبة ربها فغاصب(٢) ولو كان فيها قماشه، ذكره في «المبدع»(٣).

(**وإن غصب كلباً يقتنى**) ككلب صيد وماشية وزرع، (**أو**) غصب (**خمر ذمي**) مستورة (**ردهما**)(٤)؛ لأن الكلب يجوز الانتفاع به

---

(١) لأنه لا يشترط لتحقق الغصب نقل العين، بل يكفي مجرد الاستيلاء.

(٢) لاستيلائه عليها.

(٣) ٥/ ١٥١.

(٤) هذا هو المذهب؛ لما علل به المؤلف.

وفي الإنصاف مع الشرح الكبير (١٥/ ١١٧): «وذكر في الانتصار لا يرد الخمر، وتلزم إراقتها إن حُدَّ وإلا لزمه تركه، وعليهما يخرج تعذير مريقه، وقال في القواعد الأصولية: لو غصب مسلم خمرة ذمي انبنى وجوب ردها على ملكها لهم وفيه روايتان: إحداهما: يملكونها فيجب الرد هذا قول جمهور أصحابنا ...».

وكذا خمرة خلال؛ لأنه غير ممنوع من إمساكها، وكذا لو غصب دهناً متنجساً رده؛لأنه يجوز الاستصباح به - على المذهب - في غير مسجد، وإن لم يكن الكلب يقتنى، ولم تكن خمرة الذمي مستورة لم يلزمه الردُّ، للنهي عن اقتناء الكلب، وزوال عصمة خمرة الذمي متى ظهرت.

---

[١] في / س. بلفظ: (فإن لم).

وَلاَ يَرُدُّ جِلْدَ مَيْتَةٍ، وَإِتْلاَفُ الثَّلاَثَةِ

واقتناؤه، وخمر الذمي يقر على شربها، وهي مال عنده(١).

(**ولا**) يلزم أن (**يرد جلد ميتة**) غصب ولو بعد الدبغ؛ لأنه لا يطهر بدبغ(٢). وقال الحارثي: يرده حيث قلنا: يباح الانتفاع(٣) به في اليابسات. قال في «تصحيح الفروع»: وهو الصواب(٤).

(**وإتلاف الثلاثة**) أي الكلب[١](٥) ....

---

(١) فلزم ردها ما زالت مستورة، وإن غصب من مسلم خمراً حرم ردها، ووجبت إراقتها؛ لأن أبا طلحة سأل رسول الله ﷺ: «**عن أيتام ورثوا خمراً فأمر بإراقتها**» رواه مسلم.

(٢) وهذا هو المذهب؛ لما علل به المؤلف.

وعند جمهور أهل العلم: يلزم رده، وفي المغني (٧/٤٢٧): «وإن غصب جلد ميتة فهل يلزمه رده؟ على وجهين، بناء على الروايتين في طهارته بالدبغ، فمن قال بطهارته أوجب رده؛ لأنه لا يمكن إصلاحه، فهو كالثوب النجس، ومن قال: لا يطهر لم يوجب رده؛ لأنه لا سبيل إلى إصلاحه ...».

(٣) الإنصاف مع الشرح الكبير: (١٥/١٢٣).

(٤) ٤/٤٩٥.

(٥) وهذا هو المذهب: أن إتلاف الكلب هدر؛ لعدم ماليته.

وعند جمهور أهل العلم: إن كان مأذوناً فيه ضمن قيمته، وإن كان غير مأذون فيه فلا ضمان في إتلافه.

(المصادر الآتية، والشرح الكبير مع حاشيته ٢/٢٠٤، و٣/٤٤٧، وكشاف القناع ٤/٨٤).

---

[١] في / ط. بلفظ: (الخمر والكلب).

هَدَرٌ،

والخمر المحترمة(١) وجلد الميتة(٢) (هـدر) سواء كان المتلف مسلماً أو

---

(١) بإجماع العلماء يجب إتلاف الخمر التي هي من عصير العنب إذا كانت لمسلم، واستثنى من ذلك ما عصر من غير قصد الخمرية فتخمرت فأمسكت حتى تخلل، لما روى أنس رضي الله عنه أن أبا طلحة رضي الله عنه سأل النبي ﷺ عن أيتام ورثوا خمراً؟ قال: «**أهرقها، قال: أفلا أجعلها خلاً؟ قال: لا**» رواه أحمد وأبو داود والترمذي، ووثق رجاله في النيل: (٥ / ٣٩٤).
وأما ما سوى عصير العنب مما يسكر فجمهور أهل العلم: يجب إتلافه.
وعند أبي حنيفة: أنه لا يتلف؛ لأن الخمر عنده خاص بالنيء من ماء العنب. وبإجماع العلماء: أن الخمر إذا أتلف لا يجب الضمان في إتلافه إذا كانت لمسلم.
(تحفة الفقهاء: ٣ / ٩٥، والتاج والإكليل: ٧ / ٣١٨، وحلية العلماء: ٢ / ٦٩٢، والمغني: ٧ / ٤٢٦).
وأما إن كانت لذمي فإن أخفاها فلا يشرع إتلافها، وإن أظهرها فالمذهب ومذهب الشافعية: تتلف؛ لعموم الأدلة الدالة على إتلافها.
وعند الحنفية والمالكية: يؤدب ولا تتلف؛ لأنها أموال متقومة لأهل الذمة فلا يجوز إتلافها كسائر أموالهم. (المصادر السابقة).

(٢) فالمذهب: إتلاف جلد الميتة هدر بناء على أنه لا يطهر بالدبغ.
وعند جمهور أهل العلم: يضمن؛ لعموم أدلة الضمان.
(ينظر: المبسوط: ١١ / ١٠٢-١٠٤، والبحر الرائق: ٨ / ٢٤٠، والشرح الكبير للدردير: ٣ / ٤٤٨، ونهاية المحتاج: ٥ / ١٦٥، والإنصاف: ٦ / ١٢٥).

وَإِنْ اسْتَوْلَى عَلَى حُرٍّ لَمْ يَضْمَنْهُ، وَإِنِ اسْتَعْمَلَهُ كَرْهاً،

ذمياً لأنه ليس لها عوض شرعي؛ لأنه لا يجوز بيعها[١].

(**وإن استولى على حر**) كبير أو صغير (**لم يضمنه**)[٢] لأنه ليس بمال[٣]، (**وإن استعمله كرهاً**)[٤] فعليه أجرته؛ لأنه استوفى منافعه

---

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية، وبه قال ابن حزم؛ لحديث جابر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «**إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام ...**». متفق عليه، وما حرم بيعه لم تجب قيمته كالميتة.
وعند الحنفية والمالكية: يجب الضمان في إتلاف خمر الذمي، فإن كان مسلماً ضمن القيمة، وإن كان ذمياً ضمن المثل؛ لأنها مال عندهم. (المصادر السابقة).

(٢) بأن حبسه، ولم يمنعه الطعام والشراب، فمات بنحو مرض، وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما علل به المؤلف.
وفي وجه للحنابلة: يضمن الحرُّ بناء على ثبوت اليد عليه.
وفي وجه آخر: يضمن الصغير؛ لأنه يمكن الاستيلاء عليه من غير ممانعة.
(ينظر: حاشية الحموي على ابن نجيم: ١/١٦٤، والمنثور للزركشي: ٢/٤٣، والشرح الكبير مع الإنصاف: ١٥/١٢٤، وقواعد ابن رجب: القاعدة الثانية والتسعون).

(٣) في الشرح الكبير مع الإنصاف (١٥/١٢٤): «فإن قلنا: لا يضمنه، فهل يضمن ثيابه وحليه؟ على وجهين: أحدهما: لا يضمنه؛ لأنه تبع له، وتحت يده أشبه ثياب الكبير.
والثاني: يضمنه؛ لأنه استولى عليه أشبه ما لو كان منفرداً ...».

(٤) في خدمة، أو خياطة، ونحو ذلك.

أَوْ حَبَسَهُ فَعَلَيْهِ أُجْرَتُهُ

وهي متقومة[١]، (**أو حبسه**) مدة لمثلها أجرة (**فعليه أجرته**)[٢]؛ لأنه فوت منفعته وهي مال يجوز أخذ العوض عنها[٣]، وإن منعه العمل من غير غصب أو حبس لم يضمن منافعه[٤].

---

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: لما علل به المؤلف.
أما الحنفية، فقالوا: بعدم ضمانها، بناء على أنها ليست بمال عندهم.
(المبسوط: ١١ / ٧٨، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٣ / ٤٥٤، وروضة الطالبين: ٥ / ١٤، والمغني مع الشرح الكبير: ٥ / ٣٧٨).

(٢) وهذا هو المذهب، ووجه عند الشافعية؛ لما علل به المؤلف.
وعند الحنفية، والمالكية، والأصح عند الشافعية: أن منافع الحر لا تضمن بالفوات تحت اليد؛ لأنه لم يوجد من الغاصب إتلاف لمنافع الحر حيث لم يتصرف فيها، بل منافعه في يده كثياب بدنه، وكما لا يضمن ثياب بدنه بالحبس فكذلك لا يضمن منافعه. (المصادر السابقة).

(٣) كمنافع العبد.

(٤) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم.
لأنه لم يوجد من الغاصب إتلاف لمنافع الحر حيث لم يتصرف فيها، بل منافعه في يده كثياب بدنه، فكما لا يضمن ثياب بدنه بالحبس، فكذلك لا يضمن منافعه.
ولأن الحر لا يدخل تحت اليد، فكذلك منافعه.
والمصحح عند الشافعية، ووجه عند الحنابلة: أن منافع الحر تضمن بالفوات تحت اليد؛ لأنها مال يجوز أخذ العوض عنها، فضمنت بالغصب كمنافع العبد. =

. . . .

وَيَلْزَمُ رَدُّ المَغْصُوبِ

(ويلـزم) غاصباً (رد المغصوب)(١) إن كان باقياً وقـدر على رده؛

= (المبسوط: ١١/ ٧٨، وقواعد الأحكام: ١/ ١٥٥، والشرح الكبير وحاشيته: ٣/ ٤٥٤، والإنصاف: ٦/ ١٢٩، وكشاف القناع: ٤٤/ ١١٢).

(١) بالإجماع: قال ابن قدامة في المغني (٧/ ٣٦١): «... إذا ثبت هذا، فمن غصب شيئاً لزمه رده ما كان باقياً بغير خلاف نعلمه ...»

مسألة: ضمان منافع المغصوب.

اختلف العلماء رحمهم الله في ضمان منافع الأموال المغصوبة من العبيد والدواب والعقار هل هي مضمونة بالفوات والتفويت – أي سواء عطلها أو تصرف فيها – على قولين:

القـول الأول: أنها مضمونة على الغاصب بالفوات والتفويت، وهذا هو المذهب، وبه قال الشافعية، والظاهرية؛ لقوله تعالى: ﴿**فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ**﴾، ولحديث أن النبي ﷺ قال: «**على اليد ما أخذت حتى تؤديه**» رواه أبو داود والترمذي وصححه وابن ماجه.

ولأن المنافع أموال متقومة حيث جعلها الشرع مالاً إذ جوز جعلها مهراً، وأجرى العقد عليها في الإجارة ونحوها.

وعند المالكية: لا يخلو الغصب من حالتين:

الأولـى: أن تكون نية الغاصب متجهة إلى غصب العين ذاتها، ويكون فوات منافعها تبعاً لذلك، فإن كان المغصوب عقاراً ضمن أجره إن انتفع به، فإن لم ينتفع به بل فوته لم يضمن، وإن كان منقولاً فكالعقار على المشهور، فلا يضمن المنافع لضمان الرقبة. =

. . . .

. . . .

= **الثانية**: أن تكون نية الغاصب متجهة إلى غصب المنافع فقط، فلا يريد غصب العين، وإنما يريد أن ينتفع بها مدة من الزمن، ففي هذه الحال يضمن سواء انتفع أم لا؛ لأن المنافع أموال متقومة فتضمن.

وعند الحنفية: عدم ضمان منافع المغصوب.

واستثنى المتأخرون: ما كان معداً للاستغلال، ومال اليتيم، والوقف فتضمن منافعه.

وحجة الحنفية: بقوله تعالى: ﴿**فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ**﴾ والمنافع ليس لها مثل في الصورة تضمن به عند فواتها.

ونوقش: بأن لها مثلاً في المعنى، وهو القيمة.

ولحديث: «**الخراج بالضمان**» رواه أحمد وأبو داود والترمذي وصححه، والنسائي وابن ماجه من حديث عائشة رضي الله عنها.

فالمغصوب لما كان في ضمان الغاصب إذ هو الذي التزم تسليمه بالغصب دون المالك، فكانت المنافع له دون المالك.

ونوقش هذا الاستدلال: أن هذا الحديث وارد في البيع، فلا يرد عليه الغاصب.

ولأن المنافع أعراض تحدث شيئاً فشيئاً، فلم يوجد تفويت يد المالك عن المنافع. (بدائع المبسوط: ١١/٧٨).

ونوقش: بأن التفويت كما يحصل بإزالة يد المالك يحصل بمنعه عن الاستفادة بملكه. =

. . . .

. . . .

لقوله ﷺ: «**لا يأخذ أحدكم متاع أخيه لا لاعباً ولا جادًّا، ومن أخذ عصا أخيه فليردها**»[١] رواه أبو داود.

= وعلى هذا فالأقرب قول الشافعية والحنابلة.

(اللباب: ٢/١٩٥، والهداية: ٤/٢٠، ومواهب الجليل مع التاج والإكليل: ٥/٢٨١، والأم: ٣/٢٥٤، ونهاية المحتاج: ٥/١٦٨، والإقناع: ٢/٣٥٢، والإنصاف: ٦/٢٠١).

(١) أخرجه أبو داود: (٥/٢٧٣) – الأدب – باب من يأخذ الشيء على المزاح – (ح ٥٠٠٣)، والترمذي: (٤/٤٦٢) – الفتن – باب ما جاء لا يحل لمسلم أن يروع مسلماً – (ح ٢١٦٠)، وأحمد: (٤/٢٢١)، والطيالسي في مسنده: (ص ١٨٤ – ح ١٣٠٢)، والبخاري في الأدب المفرد: (١/٣٣٦ – ح ٢٤١)، والطحاوي في شرح معاني الآثار: (٤/٢٤٣) وفي مشكل الآثار: (٢/٢٤٣)، والطبراني في الكبير: (٧/١٧٢ – ح ٦٦٤١)، والحاكم: (٣/٦٣٧) – معرفة الصحابة –، والبيهقي: (٦/٩٢، ١٠٠)، والبغوي في شرح السنة: (١٠/٢٦٤ – ح ٢٥٧٢) – من طريق ابن أبي ذئب عن عبدالله بن السائب بن يزيد عن أبيه عن جده يزيد بن الثائب.

وعزاه الزيلعي لابن أبي شيبة وإسحاق بن راهويه في مسنديهما. انظر: «نصب الراية»: (٤/١٦٨)، والحديث صحيح روي بطرق صحيحة إلى ابن أبي ذئب، وحسنه الترمذي والبيهقي. انظر «التلخيص الحبير»: (٣/٤٦).

. . . .

بِزِيَادَتِه، وَإِنْ غَرِمَ أَضْعَافَهُ،

وإن زاد لزمه رده (**بزيادته**) متصلة كانت أو منفصلة(١) لأنها من نماء المغصوب وهو لمالكه فلزمه رده كالأصل[١].

(**وإن غرم**) على رد المغصوب (**أضعافه**) لكونه بنى عليه أو بعد ونحوه(٢)(٣).

---

(١) وهذا هو المذهب، وهو مذهب المالكية، والشافعية؛ لما علل به المؤلف.
وعند أبي حنيفة: لا يضمن الغاصب الزوائد المتصلة والمنفصلة، فإذا غصب جارية سمينة فهزلت عنده، أو ولدت فهلك ولدها من غير صنعه لم يضمن، للنصوص النافية للضمان كقوله تعالى: ﴿**وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا**﴾.
(المبسوط: ١١/٥٣، والبناية شرح الهداية: ٨/٤٠٧، وبداية المجتهد: ٢/٣٦٦، وروضة الطالبين: ٥/٢٧، والمغني: ٧/٢٨٤).
والمتصلة كالسمن، وتعليم صنعة، أو منفصلة كالولد من بهيمة وكالكسب.

(٢) أي لكونه بنى على المغصوب كحجر أو خشبة قيمتها درهم مثلاً وبنى عليها واحتاج في ردها وإخراجها إلى خمسة دراهم، أو لكونه بعد المغصوب بأن حمل إلى بلدة بعيدة بحيث تكون أجرته أضعاف قيمته ونحو ذلك كحيوان انفلت بمكان يعسر مسكه فيه، ويحتاج إلى أجرة أضعاف قيمته فتلزم الغاصب لتعديه، وكان ضرر ذلك عليه، وإن انكسر الحجر، أو تلفت الخشبة وجبت القيمة.

(٣) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية؛ لحديث سعيد بن زيد رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**ليس لعرق ظالم حق**» رواه أبو داود والترمذي =

---

[١] في / ف. بلفظ: (الأصل).

وَإِنْ بَنَى فِي الأَرْضِ أَوْ غَرَسَ لَزِمَهُ القَلْعُ

(و [إن][١] **بنى في الأرض**) المغصوبة (**أو غرس لزمه القلع**)[٢] إذا طالبه المالك لذلك؛ لقوله ﷺ: «**ليس لعرق ظالم حق**»(١).

= وحسنه، ولحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**من وجد عين ماله عند رجل قد أفلس فهو أحق به**» متفق عليه.
وعند الحنفية: أنه إذا غصب ساجة وبنى عليها انقطع حق المالك ولزمه قيمتها؛ لقوله تعالى: ﴿**وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّن مَّنَعَ مَسَاجِدَ اللَّهِ أَن يُذْكَرَ فِيهَا اسْمُهُ وَسَعَىٰ فِي خَرَابِهَا**...﴾ وظاهر هذا أن من غصب ساجة وأدخلها في بناء المسجد لم يكن للمالك نقض البناء؛ لأن تخريب المسجد حرام.
(المبسوط: ١١/ ٩٣، والبناية شرح الهداية: ٣٧٨١٨، وروضة الطالبين: ٥/ ٥٤، والمبدع: ٥/ ١٥٧، ومطالب أولي النهى: ٤/ ١١).

(١) العرق الظالم: هو أن يجيء الرجل إلى أرض قد أحياها رجل قبله فيغرس فيها غرساً ليستوجب به الأرض. (النهاية في غريب الحديث: ٣/ ٢١٩)، والحديث أخرجه أبو داود: (٣/ ٤٥٤) - الخراج - باب في إحياء الموات - (ح ٣٠٧٣)، والترمذي: (٣/ ٦٥٣) - الأحكام - باب ما ذكر في إحياء أرض الموات - (ح ١٣٧٨)، وأبو يعلى: (٢/ ٢٥٢ - ح ٩٥٧)، وابن حزم في المحلى: (٨/ ١٣٦)، والبيهقي: (٦/ ٩٩، ١٤٢) - من طريق عبدالوهاب بن عبدالمجيد الثقفي عن أيوب السختياني، عن هشام بن عروة عن أبيه عن سعيد بن عمرو بن نفيل مرفوعاً. =

[١] ساقط من / ف.

[٢] في / س، م، ف. بلفظ: (القطع).

وَأَرْشُ نَقْصِهَا وتَسْوِيَتُهَا وَالأُجْرَةُ،

(و) لزمه (أرش نقصها) أي نقص الأرض (وتسويتها) لأنه ضرر حصل بفعله، (والأجرة)[1] ....

= الحديث صحيح، وصححه ابن حزم والسيوطي في الجامع الصغير: (٢ / ١٦١)، وحسنه الترمذي في جامعه وابن حجر في البلوغ: (ص ١٦٤)، وقال الحافظ في فتح الباري: (٥ / ١٠٩): «ولحديث عمرو بن عوف شاهد قوي أخرجه أبو داود من حديث سعيد بن زيد».

وللحديث شواهد أخرى عن عائشة وعبادة بن الصامت وعبدالله بن عمرو بن العاص، ذكرها الزيلعيُّ في نصب الراية: (٤ / ١٧٠).

(١) وهو هذا المذهب، ومذهب الشافعية: أن الغاصب إذا بنى أو غرس وطالبه المالك ألزم بهدم ما بناه، وقلع ما غرسه، وأرش النقص، وأجرة الأرض. لما استدل به المؤلف.

ولما روى الخلال بإسناده عن الزهري عن عروة عن عائشة عن النبي ﷺ أنه قال: «**من بنى في رباع قوم بإذنهم فله القيمة، ومن بنى بغير إذنهم فله النقص**».

ولأن الغاصب قد استوفى بعض منافع الأرض، والمنافع مضمونة على الغاصب بالفوات والتفويت، فعليه الأجرة مقابل استيفائه منافع الأرض. (المغني: ٧ / ٣٦٥).

وعندالحنفية: يؤمر الغاصب بالقلع والردّ، فإن كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الأرض فعند الكرخيِّ يضمن الغاصب قيمة الأرض ولا يؤمر بقلع البناء؛ لقاعدة: الضرر الأشدُّ يزال بالأخف، والمفتى به عندهم: أنه يؤمر بالقلع سدًّا لباب الظلم. =

....

. . . .

أي أجرة مثلها إلى وقت التسليم[١]، وإن بذل ربها قيمة الغراس والبناء ليملكه لم يلزم الغاصب قبوله[٢] وله قعلها[٣]، وإن زرعها وردها بعد أخذ الزرع فهو للغاصب وعليه أجرتها[٤]، . . . .

= وعند المالكية: يخير المالك في أخذ الغراس أو البناء ودفع قيمته منقوضاً إن كان له قيمة بعد كونه منقوضاً، لا ما لا قيمة له، كتراب وجصٍّ ونحو ذلك. ويسقط من قيمة المنقوض أجرة الكلفة إن كان الغاصب شأنه لا يتولى ذلك، فيقال ما يساوي نقض هذا البناء أو الشجر لو نقض، فإذا قيل عشرة قيل: وما أجرة من يتولى الهدم وتسوية الأرض فإذا قيل أربعة غرم المالك للغاصب أربعة، وإن كان للغاصب أربعة، وإن كان الغاصب شأنه يتولى ذلك لم تسقط الأجرة وغرم المالك للغاصب عشرة.

أو يهدم ما بناه ويقلع غرسه مع تسوية الأرض.

(حاشية ابن عابدين ٦ / ١٩٢، والمدونة: ٥ /٥٦٨، والشرح الصغير مع حاشيته: ٢ / ٢١٤، والأم: ٣ / ٢٥٥، والمهذب: ١ /٤٨٨، وكشاف القناع: ٤ / ٨١).

(١) لتلف منافعها تحت يده العادية، وكذا لو لم ينتفع بها لزمته أجرتها.

(٢) لأن عين مال الغاصب، وإن اتفقا على التعويض جاز.

(٣) لأنهما ملكه ما لم الآلات والغرس من الأرض المغصوبة؛ لأن الجميع ملك المغصوب منه.

(٤) الغاصب إذا زرع في الأرض فله حالتان:

الأولى: أن يدرك المالك الأرض بعد حصاد الغاصب للزرع،فالزرع للغاصب. =

. . . .

. . . .

. . . .

= قال ابن قدامة: «لا نعلم فيه خلافاً».

لأنه نماء ملكه، وعليه الأجرة إلى وقت التسليم؛ لأنه استوفى منافع الأرض فوجب عليه عوض ذلك، ولأن المنفعة مال فوجب أن تضمن كالعين، وهذا هو المذهب.

ونقل حرب: حكمها حكم الزرع الذي لم يحصد - كما يأتي في الحالة الثانية - واختاره صاحب الفائق.

(المغني: ٧ / ٢٧٨، والإنصاف مع الشرح الكبير: ١٥ / ١٣٤، والمبدع: ٥ / ١٥٥، ونيل الأوطار: ٧ / ٨٠).

الثانية: أن يدرك المالك الأرض، والزرع قائم لم يحصد.

فالمذهب: أن المالك لا يملك إجبار الغاصب على قلعه، وهو مخير بين تركه إلى الحصاد بأجرته، وبين أخذه بعوضه.

لما روى رافع بن خديج قال: قال رسول الله ﷺ: «**من زرع في أرض قوم بغير إذنهم، فليس له من الزرع شيء وله نفقته**» رواه أبو داود والترمذي وحسنه، وحسنه البخاري فيما نقل الترمذي، وابن ماجه، والبيهقي.

فدل الحديث: أن الزرع لمالك الأرض، وعليه النفقة للغاصب، وأن الغاصب لا يجبر على قلعه. (نيل الأوطار: ٧ / ٨٠).

ولأنه أمكن رد المغصوب إلى مالكه من غير إتلاف مال الغاصب . . . كما لو غصب سفينة فحمل فيها ماله، فأدخلها البحر، فإنه لا يجبر على رد المغصوب في اللجة.

وذهب بعض المالكية، والشافعية، وبعض الحنابلة: أن صاحب الأرض =

. . . .

. . . .

وإن كان الزرع قائماً فيها، خير ربها[١] بين تركه إلى الحصاد بأجرة مثله(١) وبين أخذه بنفقته(٢) وهي مثل بذره وعوض لواحقه(٣).

= يملك إجبار الغاصب على قلع الزرع، والزرع للغاصب، وعليه الأجرة واستدلوا بحديث: «**ليس لعرق ظالم حق**» وتقدم تخريجه قريباً.

ونوقش الاستدلال بهذا الحديث: بأنه وارد في الغرس الذي له عرق مستطيل في الأرض حيث أن مدته تطول، ولا يعلم من ينقطع من الأرض، فانتظاره يؤدي إلى ترك الأصل بالكلية.

فالأقرب: قول الحنابلة.

(القوانين لابن جزي: ص ٣٥٩، وروضة الطالبين: ٥ / ٤٦، والمغني: ٧ / ٣٧٩، والإنصاف: ٦ / ١٣١).

(١) فيأخذ من الغاصب أجرة الأرض، وأرش نقصها؛ لأنه شغلها بماله.

(٢) أي وبين أخذ المالك الزرع بنفقته يدفعها إلى الغاصب، ويكون له الزرع، كما يستحق الشفيع أخذ شجر المشتري بقيمته.

(٣) من حرث وسقي ونحوهما.

ورطبة، ونعناع، وبقول ونحوها مما يجز مرة بعد أخرى، أو يتكرر حمله، وباذنجان كزرع فيما تقدم.

وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ١٦٤): «ومن زرع بلا إذن شريكه، والعادة بأن من زرع فيها له نصيب معلوم ولربها نصيب قسم ما زرعه في نصيب شريكه كذلك، ولو طلب أحدهما من الآخر أن يزرع معه أو يهايئه فللأول الزرع في قدر حقه بلا أجرة».

---

[١] في / س. بلفظ: (ربه).

وَلَوْ غَصَبَ جَارِحاً أَوْ عَبْداً أَوْ فَرَساً فَحَصَلَ بِذَلِكَ صَيْدٌ فَلِمَالِكِهِ،

(ولو غصب جارحاً أو عبداً أو فرساً(١) **فحصل بذلك**) الجارح أو العبد أو الفرس (صيد(٢) **فلمالكه**) أي مالك الجارح ونحوه(٣)؛ لأنه بسبب ملكه فكان له(٤)، وكذا لو غصب شبكة، أو شركاً[١]. وصاد به ولا أجرة لذلك[٢](٥).

وكذا لو كسب العبد(٦) بخلاف ما لو غصب منجلاً(٧) وقطع به شجراً أو حشيشاً، فهو للغاصب لأنه آلة، فهو كالحبل يربط به.

---

(١) أو قوساً، أو سهماً.

(٢) أو غنم على الفرس ونحوه.

(٣) كالعبد والفرس، وغيرهما.

(٤) وهذا هو المذهب؛ لما علل به المصنف.
وفي الإنصاف مع الشرح الكبير (١٥ / ١٦٤): «وقيل: هو للغاصب وعليه الأجرة، وهو احتمال في المغني، قال الحارثي: وهو قوي ... وقال الشيخ تقي الدين: يتوجه فيما إذا غصب فرساً وكسب عليه مالاً أن يجعل الكسب بين الغاصب ومالك الدآبة على قدر نفعهما بأن تقوم منفعة الراكب ومنفعة الفرس، ثم يقسم الصيد بينهما ...».

(٥) بناء على المذهب. قدمه الحارثي، وقال: هو الصحيح؛ لأن منافع المغصوب في هذه المدة عادت إلى المالك، فلم يستحق عوضها على غيره.
والوجه الثاني: يلزمه. (المصدر السابق).

(٦) في الإنصاف (١٥ / ١٦٥): «صيد العبد المغصوب، وسائر أكسابه للسيد بلا نزاع، وفي لزوم أجرته مدة اصطياده الوجهان المتقدمان...».

(٧) في المطلع (ص ٣٨٥): «الآلة التي يحصد بها الحشيش والزرع، وميمه زائدة من النجل، وهو الرمي ...».

---

[١] في بعض المطبوعات زيادة: (أو فخًّا).

[٢] في / ف. بلفظ: (كذلك).

وَإِنْ ضَرَبَ الـمَصُوغَ وَنَسَجَ الغَزْلَ وَقَصَّرَ الثَّوْبَ أَوْ صَبَغَهُ وَنَجَرَ الـخَشَبَ وَنحَوْهُ، أَوْ صَارَ الـحَبُّ زَرْعاً، وَالبَيْضَةُ فَرْخاً، وَالنَّوى غَرْساً، رَدَّهُ وَأَرْشَ نَقْصِهِ وَلاَ شَيْءَ لِلْغَاصِبِ،

(**وإن ضرب المصوغ**) المغصوب[١] (**ونسج الغزل**[٢] **وقصر الثوب**[٣] **أو صبغه ونجر الخشبة**) باباً (**ونحوه**[٤]، **أو صار الحب زرعاً** و) صارت (**البيضة فرخاً**[٥] و) صار (**النوى غرساً، رده وأرش نقصه**) إن نقص، (**ولا شيء للغاصب**) نظير عمله، ولو زاد بها لمغصوب[٦]،

---

(١) أي ضرب الفضة دراهم، والحديد مسامير، ونحو ذلك.

(٢) جعله ثوباً مثلاً.

(٣) في المطلع (ص ٢٦٥): «القصار: ... الذي يبيض الثياب بالغسل والطبخ ونحوهما ...».

(٤) كرفوف.

(٥) بجعلها تحت دجاجة، أو بمعالجة.

(٦) وهذا هو المذهب؛ لما علل به المؤلف.

وعن الإمام أحمد: أن الغاصب يكون شريكاً في الزيادة، اختاره شيخ الإسلام؛لأنها حصلت بمنافعه.

وقيل: للغاصب أجرة عمله فقط إذا كانت الزيادة مثلها فصاعداً، أومأ إليه ابن أبي موسى.

وقال أبو بكر: يملكه وعليه قيمته قبل تغيره، وهو رواية نقلها محمد بن الحكم. (الإنصاف مع الشرح: ١٥/ ١٦٧).

. . . .

وَيَلْزَمُهُ ضَمَانُ نَقْصِهِ،

لأنه تبرع في ملك غيره، وللمالك إجباره على إعادة ما أمكن رده إلى الحالة الأولى(٧)، كحلي ودراهم ونحوها.

(**ويلزمه**) أي الغاصب (**ضمان نقصه**)(٢) أي المغصوب ولو بنبات[١].

---

(١) هذه المسألة تنقسم إلى قسمين:

الأول: ما يمكن رده إلى الحالة الأولى كالحلي والأواني والدراهم فللمالك إجباره على الإعادة.

الثاني: ما لا يمكن رده إلى الحالة الأولى كالأبواب والفخار ونحوهما فليس للغاصب إفساده، ولا للمالك إجباره. (المصدر السابق).

(٢) وهذا هو المذهب؛ أنه إذا غير الغاصب صفة العين المغصوبة لزم رده، وعليه أرش نقصه، ولا شيء للغاصب فيما أضافه على المغصوب.

لأن العين المغصوبة ما زالت قائمة فلزم الغاصب ردها لصاحبها، وصار كما لو ذبح الغاصب الشاة ولم يشوها، ولأنه لو حصل التغيير بغير فعل آدمي لما زال ملك صاحبه عنه، فكذلك الأمر لو حصل بفعل آدمي.

وعند الحنفية:

(أ) إذا نقص المغصوب بسبب فوات جزء من أجزاء العين كالسمع واليد والأذن مضمون على جميع الأحوال.

(ب) أن يكون فوات وصف مرغوب فيه كحنطة عفنت، أو إناء فضة هشم فيضمن، وهذا في غير الأموال الربوية.

وأما في الأموال الربوية فيخير المالك بين أخذ العين المغصوبة من غير زيادة عليها، وبين تضمين الغاصب مثل المغصوب أو خلاف جنسه. =

---

[١] في /م، ف. بلفظ: (نبات).

. . . .

. . . .

= (جـ) أن يكون النقص بفوات معنًى مرغوب فيه، كالعبد المحترف إذا نسي الحرفة في يد الغاصب فيجب الضمان إذا كان النقصان قليلاً، أما إذا كان كثيراً فيخيَّرُ المالك بين أخذه وتركه مع أخذ جميع قيمته.

(د) إذا تغيرت عين المغصوب وانقلبت من حال إلى حال كما لو صار العصير خلاًّ، أو العنب زبيباً، أو الرطب تمراً، يخير المغصوب منه بين أخذ عينه ولا شيء له، وإن شاء ضمن الغاصب مثل المغصوب.

(هـ) إذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب مما تسبب في زوال اسمها وأعظم منافعها فيتملك الغاصب العين، ويلزم بضمانها لصاحبها، ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها: المثل إن كانت من المثليات، والقيمة إن كانت من القيميات، وذلك كمن غصب شاة فشواها، أو طبخها، أو دقيقاً فخبزه.

(و) إن استغل الغاصب المغصوب بأن كان عربة فأجراها ضمن نقصها.

وعند المالكية:

(أ) إذا حصل نقص في العين المغصوبة دون أن يؤثر ذلك على قيمة العين، فليس للمالك إلا ملكه؛ لعدم تضرره.

(ب) إذا تعيب المغصوب بيد الغاصب بسبب أمر سماوي فالمالك مخير بين أن يضمن الغاصب قيمة عينه يوم غصبها، أو يأخذها معيبة ولا شيء له، وإن كان العيب ناتجاً عن جناية متعمدة فالمالك مخير بين

. . . .

. . . .

. . . .

أخذ قيمة المغصوب يوم غصبه، أو أخذه مع أرش النقص.

وعند الشافعية: النقص الحادث في العين المغصوبة ضربان:

(أ) ما لا سراية له فيلزم الغاصب بأرش النقص ورد باقي أجزاء العين، ولا فرق بين أن تفوت معظم منافع المغصوب كقطع يدي العبد، أو لا تفوت، ولا بين أن يبطل بالجناية عليه الاسم الأول كذبح الشاة وطحن الحنطة، فالشاة تصبح لحماً، والحنطة دقيقاً، أو لا يبطل.

ولو أراد المغصوب منه ترك العين بيد الغاصب وتضمينه فليس له ذلك؛ لأن المغصوب عين ملكه، فليس له إلا أخذه مع الأرش.

(ب) ما له سراية إلى الهلاك كما لو ابتلت الحنطة بيد غاصبها، أو غصب سمناً وتمراً ودقيقاً فعمله حلوى، وما أشبه ذلك، فلهم أربعة أقوال:

أظهرها أن العين المغصوبة تعتبر كالهالكة، ويغرم الغاصب بدل المغصوب كله سواء كان مثليًّا أو قيميًّا.

والقول الثاني: يرد الغاصب العين مع أرش النقص، وليس للمالك إلا ذلك.

(ينظر: بدائع الصنائع: ٩ / ٤٤٢٢، ومجمع الضمانات: ص ١٣٣، وتبيين الحقائق: ٥ / ٢٢٥، وروضة الطالبين: ٥ / ٣١، ومغني المحتاج: ٢ / ٢٨٧، والإنصاف: ٦ / ١٩٦، وكشاف القناع: ٤ / ٩٠).

. . . .

وَإِنْ خَصَى الرَّقِيقَ رَدَّهُ مَعَ قِيمَتِهِ، وَمَا نَقَصَ بِسِعْرٍ لَمْ يُضْمَنْ،

لحية أَمرد، فيغرم ما نقص من قيمته، [١][وإن جنى عليه ضمنه بأكثر الأمرين، ما نقص من قيمته][١] وأرش الجناية(١)؛ لأن سبب كل واحد منهما قد وجد، فوجب أن يضمنه بأكثرهما.

(**وإن خصى الرقيق رده مع قيمته**) لأن الخصيتين يجب فيهما [كمال القيمة كما يجب فيهما][٢] كمال الدية من الحر(٢)، وكذا لو قطع منه ما فيه دية كيديه أو ذكره أو أنفه.

(**وما نقص بسعر لم يضمن**)(٣) لأنه رد العين بحالها لم ينقص منها

---

(١) أي يضمن الجاني أكثر الأمرين مما نقص من قيمة العبد المغصوب بالجناية أو أرش الجناية، وهذا هو المذهب.
وعنه: أنه يضمن بما نقص، اختارها الخلال وابن عقيل وشيخ الإسلام.
(الإنصاف مع الشرح الكبير: ١٥ / ١٨٠، والاختيارات: ص ١٦٣).
وإن كان الجاني غير الغاصب فضمنه المالك رجع على الجاني بأرش الجناية فقط، وما زاد استقر على الغاصب. وتقدمت بقية المذاهب قريباً.

(٢) ولو زادت قيمته بالخصاء، ولا يملكه الجاني؛ لأن المتلف البعض، والمضمون هو المفوت، فلا يزول الملك بالضمان.
وإن كان المغصوب دآبة ضمن ما نقص من قيمتها.

(٣) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما علل به المؤلف. كثوب يساوي مائة فغصبه ولم يرده حتى نقص سعره، فصار يساوي ثمانين. لأن نقص السعر ليس بنقصان المغصوب، بل لفتور يحدثه الله =

[١-١] ساقط من / ف. [٢] ساقط من / ش.

وَلاَ بِمَرَضٍ عَادَ بِبُرْئِهِ،

عين ولا صفة، فلم يلزمه شيء.

(ولا) يضمن نقصاً حصل (بمرض) إذا (عاد)[١] إلى حاله (ببرئه) من المرض لزوال موجب الضمان(١)، ....

= في قلوب العباد. (بدائع الصنائع ٧ / ١٥٥، ومنح الجليل ٣ / ٥٣٧، ومغني المحتاج ٢ / ٢٨٧).

و عند بعض أصحاب الشافعي وهو رواية عن الإمام أحمد وبه قال أبو ثور، واختاره شيخ الإسلام: أن الغاصب ملزم بضمان نقص السعر؛ لضرر المغصوب منه، ولأن السعر صفة في العين وقد فاتت. (المصادر السابقة، والاختيارات ص ١٦٣).

وفي الإنصاف مع الشرح الكبير (١٥ /١٨٧): «وقال الحارثي بعد أن حكى الروايتين: وهذا كله ما لم يتصل التلف بالزيادة، فإن اتصل بأن غصب ما قيمته مائة فارتفع السعر إلى مائتين وتلفت العين ضمن المائتين وجهاً واحداً إذ الضمان معتبر بيوم التلف، وإن كان مثليًّا فالواجب المثل بلا خلاف ...». وهو قول الشافعية.

(١) وهذا هو المذهب، وبه قال الشافعية، وكذا لو نسي صنعة، ثم تعلمها، وهذا هو المذهب، والأصح عند الشافعية كما في المنهاج مع مغني المحتاج ٢ / ٢٩٠.

وفي الإنصاف مع الشرح الكبير (١٥ / ١٨٧): «وحكى الحارثي وجهاً للشافعية بالضمان قال: وهو عندي قوي، بل أقوى، ورد أدلة الأصحاب، والظاهر أنه لم يطلع على ما ذكره صاحب الفروع من النص ...». وتقدمت بقية المذاهب قريباً.

---

[١] في / ف. بلفظ: (أعاد).

وَإِنْ عَادَ بِتَعْلِيمِ صَنْعَةٍ ضَمِنَ النَّقْصَ،

وكذا لو انقلع سنه ثم عاد(١)، فإن رد[١] المغصوب معيباً وزال عيبه في يد مالكه وكان أخذ الإرش، لم يلزمه رده(٢) لأنه استقر ضمانه برد المغصوب، وإن لم يأخذه لم يسقط ضمانه لذلك[٢](٣).

(**وإن عاد**) النقص (**بتعليم صنعة**)(٤)، كما لو غصب عبداً سميناً قيمته مائة فهزل فصار يساوي تسعين، وتعلم صنعة فزادت قيمته بها عشرة (**ضمن النقص**)(٥)؛ لأن الزيادة الثانية غير الأولى(٦)،

---

(١) لزوال النقص بعود السن عند الغاصب.

(٢) أي لم يلزم المالك رد الأرش المأخوذ من الغاصب، جزم به الموفق والشارح وغيرهما.

(٣) أي وإن لم يأخذ المالك الأرش من الغاصب، ثم زال العيب في يد المالك لم يسقط الأرش؛ لاستقراره بالرد بخلاف ما لو برئ قبل رده.
وفي الإنصاف مع الشرح (١٥/ ١٨٨): «وما يذكر من الاستقرار فغير مسلم، والصواب - إن شاء الله تعالى - الوجوب بقدر النقص الحادث في المدة، ويجب رد ما زاد إن كان ...».

(٤) بزيادة حاصلة من غير جنس الذاهب.

(٥) الحاصل بالهزال.

(٦) لأن ما ذهب لم يعد، بل حصلت صفة جديدة تكون للمالك، وجبر النقص لم يكن بزوال الناقص.
وهذا هو المذهب.
وقيل: لا يضمنه. (المصدر السابق).

---

[١] في / ط. بلفظ: (رده).   [٢] في / ف. بلفظ: (كذلك).

وَإِنْ تَعَلَّمَ أَوْ سَمِنَ فَزَادَتْ قِيمَتُهُ ثُمَّ نَسِيَ أَوْ هَزَلَ فَنَقَصَتْ، ضَمِنَ الزِّيَادَةَ، كَمَا لَوْ عَادَتْ مِنْ غَيْرِ جِنْسِ الأَوَلِ،

(**وإن تعلم**) صنعة زادت بها قيمته عند الغاصب (**أو سمن**) عنده (**فزادت قيمته ثم نسي**) الصنعة (**أو هزل فنقصت**) قيمته (**ضمن الزيادة**)(١) لأنها زيادة في نفس المغصوب فلزم الغاصب ضمانها، كما لو طالب بردها فلم يفعل(٢) و (**كما لو عادت من [غير]**[١] **جنس الأول**[٢])(٣).

بأن[٣] غصب عبداً فسمن وصار يساوى مائة(٤) ثم هزل فصار يساوي تسعين(٥) فتعلم صنعة فصار يساوي مائة؛ ضمن نقص الهزال.

---

(١) وهذا هو المذهب، وهو مذهب الشافعية.

وعن الإمام أحمد: إن رده بعينه لم يلزمه شيء. (المصدر السابق، ومغني المحتاج ٢ / ٢٩٠).

(٢) أي كما لو طالبه برد العين حال تلك الزيادة، فلم يفعل الغاصب.

وتقدم كلام الأئمة في نقص المغصوب قريباً.

(٣) أي وكما لو عادت الزيادة في المغصوب من غير جنس النقص الأول، وهو يلزمه ضمانه؛ لأنه لم يعد ما ذهب.

(٤) بيد الغاصب.

(٥) بيد الغاصب.

---

[١] ساقط من / ف.

[٢] في / ط. بلفظ: (الأولى).

[٣] في / ظ. بلفظ: (فإن).

وَمِنْ جِنْسِهَا لاَ يَضْمَنُ إلاَّ أَكْثَرَهُمَا.

لأن الزيادة الثانية غير الأولى(١).

(و) إن كانت الزيادة الثانية (**من جنسها**) أي جنس الزيادة الأولى، كما لو نسي صنعة ثم تعلمها(٢) ولو صنعة(٣)بدل صنعة (**لا يضمن**)؛ لأن ما ذهب عاد [فهو][١] كما لو مرض ثم برئ(٤) (**إلا أكثرهما**) يعني إذا نسي صنعة وتعلم أخرى، وكانت الأولى أكثر؛ ضمن الفضل بينهما(٥)؛ لفواته وعدم عوده[٢]، وإن جنى المغصوب فعلى غاصبه

---

(١) وهذا هو المذهب.
وقيل: يسقط الضمان. (ينظر الإنصاف مع الشرح الكبير: ١٥/١٩٣).
وإن غصبه مفرطاً في السمن، ثم هزل فزادت قيمته، أو لم تنقص ولم تزد رده ولا شيء عليه؛ لعدم النقص، وبه قال الشافعية. (مغني المحتاج ٢/٢٩٠).

(٢) لأن العلم الثاني هو الأول، وتقدم قريباً.

(٣) كما لو تعم حدادة بدل خياطة ونحو ذلك؛ لأن الصنائع كلها جنس من أجناس الزيادة في الرقيق.

(٤) لزوال الموجب للضمان في يده، وتقدم قريباً.

(٥) كأن غصب عبداً كاتباً يساوي مائة، فنسيها، وصار يساوي ثمانين فتعلم الخياطة فصار يساوي تسعين.

---

[١] ساقط من / ش.

[٢] في / س. بلفظ: (عود).

....

أرش جنايته[١].

* * *

---

(١) إذا جنى العبد المغصوب فجنايته مضمونة على الغاصب؛ لأنه نقص في العبد الجاني؛ لكون الجناية تتعلق برقبته، وسواء في ذلك ما يوجب القصاص أو المال.

وفي الإنصاف مع الشرح (١٥ / ١٩٧) : «إن جنى على غير سيده فعلى الغاصب أرش الجناية بلا نزاع ... وإن جنى على سيده فعلى الغاصب أيضاً أرش الجناية على الصحيح من المذهب.

وقيل: لا يضمن جنايته على سيده لتعلقها برقبته ...».

* * *

فَصْلٌ

وَإِنْ خُلِطَ بِمَا لاَ يَتَمَيَّزُ كَزَيْتٍ، أَوْ حِنْطَةٍ بِمِثْلِهِمَا،

فصل(١)

(وإن خلط) المغصوب بما يتميز، كحنطة بشعير، وتمر بزبيب؛ لزم الغاصب تخليصه، ورده، وأجرة ذلك عليه(٢)، و (بما لا يتميز، كزيت أو حنطة بمثلها[١]) لزمه مثله منه(٣)؛ لأنه مثلي، فيجب مثل مكيله،

(١) أي في حكم ما إذا خلط المغصوب، أو صبغه، أو أطعمه لمالكه، وفي حكمه إذا تلف وغير ذلك. (حاشية ابن قاسم: ٥/٣٩٦).

(٢) إذا خلط الغاصب أو غيره المغصوب فلا يخلو من أمرين:
الأول: أن يمكن تمييز بعضه من بعض كحنطة بشعير، أو تمر بزبيب، لزم الغاصب تخليص بعضه من بعض إن أمكن، ورده إلى مالكه، والأجرة على الغاصب؛ لأنه بسبب تعديه.

(٣) الثاني: ألا يمكن تمييز بعضهما من بعض كزيت بمثله، فالمذهب: أنه يلزمه مثله منه؛ لما علل به المؤلف.
وعند الشافعية: أنه يكون كالهالك، فالغاصب يغرم للمغصوب منه من غير المخلوط، وله أن يعطيه من المخلوط إن خلطه بمثله، أو أجود منه، لا أردأ؛ لأنه دون حقه، إلا برضاه.
وعن الإمام أحمد، وبه قال بعض الشافعية: أنهما يشتركان اختاره ابن حامد وابن قدامة وصاحب الشرح الكبير؛ لأنه قدر على دفع بعض ماله إليه مع ردِّ المثل في الباقي، فلم ينتقل إلى المثل في الجميع، كما لو =

[١] في / م، ط. وبعض المطبوعات بلفظ: (بمثلهما).

أَوْ صَبَغَ

وبدونه أو خير منه(١) أو بغير جنسه، كزيت بشيرج(٢) فهما شريكان بقدر ملكيهما(٣)، فيباع ويعطى كل واحد قدر حصته(٤)، وإن نقص المغصوب عن قيمته منفرداً ضمنه الغاصب(٥)، (أو صبغ) الغاصب

= غصب صاعاً فتلف بعضه، وذلك لأنه إذا دفع إليه منه فقد دفع إليه بعض ماله وبدل الباقي، فكان أولى من دفعه من غيره.

(مغني المحتاج ٢ / ٢٩٢، والشرح الكبير مع الإنصاف: ١٥ / ٢٠٢).

(١) من جنسه.

(٢) ودقيق حنطة بدقيق شعير.

(٣) وهذا هو المذهب.

وقال القاضي: قياس المذهب: أنه يلزم الغاصب مثله؛ لأنه صار بالخلط مستهلكاً. (المصدر السابق).

(٤) وفي الاختيارات (ص١٦٢): قال أبو العباس: سئلت عن قوم أخذت لهم غنم أو غيرها من المال، ثم ردت عليهم أو بعضها، وقد اشتبه ملك بعضهم ببعض؟ قال: فأجبت: أنه إن عرف قدر المال تحقيقاً قسم الموجود عليهم على قدره، وإن لم يعرف إلا عدده قسم على قدر العدد؛ لأن المالين إذا اختلطا قسما بينهم، وإن كان كل واحد منهم يأخذ عين ما كان للآخر، لأن الاختلاط جعلهم شركاء....

وعلى هذا: فسواء اختلطت غنم أحدهما بالآخر عمداً أو خطأ يقسم المالان على العدد إذا لم يعرف الرجحان، وإن عرف وجهل قدره أثبت منه القدر المتيقن، وأسقط الزائد المشكوك فيه لأن الأصل عدمه»ا.هـ.

(٥) لأنه حصل بفعله.

. . . .

الثَّوْبَ أَوْلَتَّ سَوِيقاً بِدُهْنٍ، أَوْ عَكْسِه وَلَمْ تَنْقُصِ القِيمَةُ وَلَمْ تَزِدْ فَهُمَا شَرِيكَان بِقَدْرِ مَالَيْهِمَا فِيه، وَإِنْ نَقَصَتِ القِيمَةُ ضَمِنَها، وَإِنْ زَادَتْ قِيمَةُ أَحَدِهِمَا فَلِصَاحِبِه،

(**الثوب أولت سويقاً**) مغصوباً (**بدهن**) من زيت أو نحوه[١] (**أو عكسه**) بأن غصب دهناً ولت به سويقًا (**ولم تنقص القيمة**) أي قيمة المغصوب، (**ولم تزد، فهما شريكان بقدر ماليهما فيه**)[٢] لأن اجتماع الملكين يقتضي الاشتراك[٣]، فيباع ويوزع الثمن على القيمتين[٤].

(**وإن نقصت القيمة**) في المغصوب (**ضمنها**) الغاصب لتعديه[٥]، (**وإن زادت قيمة أحدهما فلصاحبه**) أي لصاحب الملك الذي زادت

---

(١) من مال الغاصب.

(٢) في الإنصاف مع الشرح ر ١٥ / ٢٠٧): «فائدة: وإن غصب ثوباً فصبغه أو سويقاً فلته بزيت فنقصت قيمتها، أو قيمة أحدهما ضمن النقص، وإن لم تنقص ولم تزد، أو زادت قيمتها فهما شريكان بقدر ماليهما، وإن زادت قيمة أحدهما فالزيادة لصاحبه، هذه الجملة لا خلاف فيها ..».
وذلك مثل أن تكون قيمة كل واحد منهما خمسة، فصارت قيمتهما بعد الصبغ عشرة.
وعند الحنفية: إذا لت سويقاً يخير المالك إن شاء ضمنه مثل السويق، وإن شاء أخذ الملتوت وغرم مثل السمن. (حاشية ابن عابدين ٥ / ١٣٦).

(٣) ولأن الصبغ والزيت عين مال له قيمة فاقتضى الاشتراك.

(٤) قيمة الثوب وقيمة الصبغ، أو قيمة السويق وقيمة الزيت، ونحو ذلك.

(٥) كما لو أتلفه أو بعضه.

. . . .

وَلاَ يُجْبَرُ مَنْ أَبَى قَلعَ الصَّبْغِ،

قيمته؛ لأنها تبع للأصل[١].

(**ولا يجبر من أبى قلع الصبغ**) إذا طلبه صاحبه[٢]، ....

---

(١) فإن كان ذلك لزيادة الثياب في السوق كانت الزيادة لصاحب الثوب، وإن كان لزيادة الصبغ كانت الزيادة لصاحب الصبغ، وإن كانت لزيادتهما معاً فبينهما.

وإن زاد بالعمل فالزيادة بينهما؛ لأن عمل الغاصب زاد به في الثوب والصبغ، وما عمله في المغصوب للمغصوب منه إذا كان أثراً، وزيادة مال الغاصب له. (الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٥ / ٢٠٩).

(٢) فلو أراد صاحب الصبغ قلعه، أو أراد ذلك صاحب الثوب لم يجبر الآخر عليه؛ لأن فيه إتلافاً لملكه.

وإن أراد المالك بيع الثوب فله ذلك، وله تملكه بقيمته.

وعند الحنفية: أن الغاصب إذا صبغ الثوب أن المالك مخير إن شاء ضمنه قيمة الثوب دون الصبغ، وإن شاء أخذ المصبوغ وغرم الزيادة الحاصلة بسبب الصبغ.

وعند الشافعية: إن أمكن فصل الصبغ أجبر عليه الغاصب في الأصح قياساً على الغراس والبناء، ولو تركه الغاصب للمالك لم يجبر على قبوله في أصح الوجهين، ولو رضي المالك بإبقائه كان للغاصب الفصل، وإذا تراضيا على الإبقاء فهما شريكان.

وإن كان لا يمكن فصله، فإن لم تزد قيمة المغصوب فلا شيء للغاصب، وإن زادت اشتركا، وإن نقصت لزمه الأرش.

(حاشية ابن عابدين ٦ / باب الغصب، ومغني المحتاج ٢ / ٢٩٢).

....

وَلَوْ قُلِعَ غَرْسُ الـمُشْتَرِي أَوْ بِنَاؤُهُ لاِسْتِحْقَاقِ الأَرْضِ رَجَعَ عَلَى بَائِعِهَا بِالغَرَامَةِ ،

وإن وهب الصبغ لمالك الثوب لزمه قبوله[١].

(**ولو قلع غرس المشتري أو بناؤه لاستحقاق الأرض**) أي لخروج الأرض مستحقة للغير[٢] (**رجع**) الغارس أو الباني إذا لم يعلم بالحال (**على بائعها بالغرامة**)[٣] له؛ لأنه غره وأوهمه أنها ملكه ببيعها له.

---

(١) والضابط: أن هبة الأوصاف والمعاني يجب قبولها على المذهب.
ومثل ذلك: صبغ الدار، ونسج الغزل، وعمل حديد أواني ونحو ذلك؛ لأن ذلك من صفات العين فهو كزيادة الصفة في المسلم فيه.
والوجه الثاني: لا يجبر على قبوله؛ لأنها أعيان متميزة فأشبهت الغراس.
(الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٥ / ٢١٣).

(٢) فالمذهب: أن للمالك قلع الغرس والبناء من غير ضمان النقص، ولا الأخذ بالقيمة.
وعن الإمام أحمد: لا يقلع، بل يأخذه بقيمته، قال ابن رجب: هذا الصحيح، ولا يثبت عن أحمد سواه.
وعنه رواية أخرى: لرب الأرض قلعه إن ضمن نقصه، ثم يرجع به على البائع.
(قواعد ابن رجب، القاعدة السابعة والسبعون، والشرح الكبير مع الإنصاف: ١٥ / ٢٤٢).

(٣) في الإنصاف: «وهذا بلا نزاع على القول بجواز القلع ...»
وفي الشرح: «لأنه ببيعه إياه غَرَّهُ وأوهمه أنها ملكه، وكان ذلك سبباً في بنائه وغرسه فرجع عليه بما غرمه عليها كرجوعه بما أعطاه من ثمنها ...».

وَإِنْ أَطْعَمَهُ لِعَالِمٍ بِغَصْبِهِ فَالضَّمَانُ عَلَيْهِ، وَعَكْسُهُ بِعَكْسِهِ،

(**وإن أطعمه**) الغاصب (**لعالم بغصبه فالضمان عليه**)[١]؛ لأنه أتلف مال الغير بغير إذنه من غير تغرير[٢]، وللمالك تضمين الغاصب؛ لأنه حال بينه وبين ماله[٣]، وقرار الضمان على الآكل[٤]، (**وعكسه بعكسه**) فإن أطعمه لغير عالم فقرار الضمان على الغاصب؛ لأنه غرّ الآكل[٥]،

---

(١) أي على الآكل، وفي الإنصاف مع الشرح (١٥/ ٢٤٣): «وهذا بلا نزاع».

(٢) أي على الآكل، وكذا أكله بلا إذنه.

(٣) وله تضمين الآكل؛ لأنه أتلف مال غيره بغير إذنه، وقبضه من يد ضامنه بغير إذن مالكه.

(٤) وذلك أن المالك إن ضمن الغاصب رجع الغاصب على الآكل، وإن ضمن المالك الآكل لم يرجع الآكل على أحد.

(٥) والمذهب: ولو لم يقل الغاصب: كله فإنه طعامي؛ لأن الظاهر أن الإنسان إنما يتصرف فيما يملكه، وقد أكله على أنه لا يضمنه فاستقر الضمان على الغاصب لتغريره، ولم يحرم علي الآكل؛ لأنه لم يعلم بغصبه.
والوجه الثاني: أنه إذا لم يقل هو طعامي، بل قال: كل، يستقر على الآكل، وهو قول أبي حنيفة، والشافعي؛ لأنه ضمن ما أتلف، فلم يرجع به على أحد.
(ينظر: المغني: ٧/ ٤١٩، والشرح الكبير مع الإنصاف: ١٥/ ٢٤٦).

وَإِنْ أَطْعَمَهُ لِمَالِكِه أَوْ رَهَنَهُ أَوْ أَوْدَعَهُ

(وإن أطعمه) الغاصب (لمالكه(١) أو رهنه[١]) لمالكه (أو أودعه)

(١) في الإنصاف مع الشرح الكبير (١٥ / ٢٤٥): «اعلم أنه إذا أطعمه لمالكه فأكله عالماً أنه طعامه برئ غاصبه، وكذا لو أكله بلا إذنه، فإن لم يعلم وقال له الغاصب: كله فإنه طعامي لم يبرأ الغاصب أيضاً، وإن لم يقل ذلك بل قدمه إليه، وقال: كله، فجزم المصنف - ابن قدامه - أنه لا يبرأ ... وهو المذهب ... قال المصنف وتبعه الشارح: ويتخرج أن يبرأ بناء على ما إذا أطعمه لأجنبي .. فإنه يستقر الضمان على الآكل في أحد الوجهين».

قال ابن القيم في إعلام الموقعين (٣ / ٣١٩): «ومن الحيل الباطلة إذا غصبه طعاماً، ثم أراد أن يبرأ منه، ولا يعلمه به، فليدعه إلى داره، ثم يقدم له ذلك الطعام، فإذا أكله برئ الغاصب، وهذه الحيلة باطلة، فإنه لم يملكه إياه ولا مكنه من التصرف فيه، فلم يكن بذلك راداً لعين ماله إليه».

وقال أيضاً: «لو أهداه إليه فقبله وتصرف فيه، وهو لا يعلم أنه ماله، فإن خاف من إعلامه ضرراً يلحقه منه برئ بذلك، وإن لم يخف ضرراً إنما أراد المنة عليه ونحو ذلك لم يبرأ، لا سيما إذا كافأه على الهدية فقبل، فهذا لا يبرأ قطعاً».

وفي الإنصاف مع الشرح (١٥ / ٢٤٥): «نص - أي الإمام أحمد - في رجل له عند رجل تبِعةٌ فأوصلها إليه على أنها صلة أو هدية ولم يعلم كيف هذا؟».

وإن أخذه المالك بقرض، أو شراء، أو هبة، أو هدية، أو صدقة، أو إباحة ولم يعلم لم يبرأ. =

[١] في / ف. بلفظ: (رهنه).

أَوْ آجَرَهُ إِيَّاهُ لَمْ يَبْرَأْ إِلاَّ أَنْ يَعْلَمَ، وَيَبْرَأُ بِإِعَارَتِهِ،

لمالكه، (**أو آجره إياه لم يبرأ**) الغاصب[١] (**إلا أن يعلم**) المالك أنه ملكه فيبرأ الغاصب؛ لأنه حينئذ يملك التصرف فيه على حسب اختياره، وكذا لو استأجره الغاصب على قصارته وخياطته[٢].

(**ويبرأ**) الغاصب (**بإعارته**) المغصوب لمالكه من ضمان عينه علم أنه ملكه أو لم يعلم[٣]؛ لأنه دخل على أنه مضمون عليه[٤]،

= وقال المجد: وإن باعه منه برئ قولاً واحداً؛ لأن قبض المبيع مضمون على المشتري.

(١) لأنه لم يعد إلى سلطانه، إنما قبضه على أنه أمانة، وهذا هو المذهب.
وقال أبو الخطاب: يبرأ؛ لأنه رده إلى يده وسلطانه.
قال في الشرح: «والأول أولى؛ فإنه لو أباحه أكله فأكله لم يبرأ فههنا أولى».
(الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٥/ ٢٤٨).

(٢) إلا أن يعلم أنه ملكه.

(٣) وهذا هو المذهب؛ لأن العارية توجب الضمان على المستعير، فلو وجب الضمان على الغاصب رجع به على المستعير، ولا فائدة في وجوب شيء عليه يرجع به على من وجب له.
وقيل: إذا لم يعلم لم يبرأ جزم به في التلخيص، قال الحارثي: ومقتضى النص الضمان. (المصدر السابق).

(٤) أي المغصوب المعار، وإن جهل غصبه؛ لأن العارية مضمونة – على المذهب – مطلقاً، ولو وجب على الغاصب ضمان قيمتها لرجع به على المستعير، فلا فائدة في تضمينه شيئاً يرجع به على من ضمنه له.
وعلى القول بأن العارية ليست مضمونة، فلا ضمان على المستعير إلا مع التعدي أو التفريط.

. . . .

. . . .

والأيدي المترتبة على يد الغاصب كلها أيدي ضمان(١)، فإن علم

(١) الأيدي المترتبة على يد الغاصب:

يد غاصب الغاصب، ويد المشتري من الغاصب، ويد المستأجر منه، ويد وديعة، ويد الشريك له، ويد المضارب له في المال المغصوب، ويد المرتهن منه، ويد المزارع له، ويد المساقي له، ويد القابض منه على وجه السوم، وكذلك كل يد لا تستند إلى إذن من المالك أو إذن من الشارع، سواء كانت هذه اليد في الأصل يد أمانة أم يد ضمان.

وعندالحنفية: إذا رد الغاصب المغصوب على الغاضب الأول يبرأ عن ضمانه، كما لو هلك المغصوب في يد غاصب الغاصب فأدى القيمة إلى الغاصب أيضاً، لقيام القيمة مقام العين إذا كان قبضه القيمة معروفاً بقضاء أو بينة أو تصديق المالك، لا بإقرار الغاصب، إلا في حقٍّ نفسه وغاصبه.

إذا غصب شيئاً ثم غصبه آخر منه فأراد المالك أن يأخذ بعض الضمان من الأول وبعضه من الثاني له ذلك، والمالك بالخيار في تضمين أيهما شاء، وإذا اختار تضمين أحدهما لم يملك تركه، وتضمين الآخر. وقيل: يملك.

وفي الفتاوى الهندية: إن ضمن الأول رجع على الثاني بما ضمن، وإن ضمن الثاني لا يرجع على الأول.

وإذا وهب الغاصب المغصوب، أو تصدق به، أو أعاره وهلك في أيديهم وضمنوا للمالك لا يرجعون بما ضمنوا للمالك على الغاصب؛ لأنهم كانوا عاملين في القبض لأنفسهم بخلاف المرتهن والمستأجر والمودع، فإنهم يرجعون بما ضمنوا على الغاصب؛ لأنهم عملوا له، والمشترى إذا ضمن =

. . . .

. . . .

. . . .

= قيمته يرجع بالثمن على الغاصب البائع؛ لأن ردَّ القيمة كردِّ العين. (الدر المختار وحاشيته ٦ / ١٨٢).

وعندالمالكية: إذا باع الغاصب المغصوب، فللمالك إمضاء البيع، ويتبع المالك الغاصب بالثمن إن قبضه وكان ملياً، وإلا اتبع المشتري.

إذا أعتق المشتري من الغاصب العبد فللمالك نقض عتق المشتري وإجازته.

إذا أتلف المشتري من الغاصب المغصوب عمداً كأن أكله، أو ذبح الحيوان فيضمن المشتري وإن لم يعلم بالغصب؛ وللمالك تضمين أيهما شاء، فإن ضمن الغاصب فلا يرجع على المشتري، وإن ضمن المشتري رجع على الغاصب.

إذا تلف المغصوب بآفة سماوية فلا يضمن المشتري من الغاصب إذا لم يكن عالماً بالغصب.

إذا وهب الغاصب العين المغصوبة أو ورثت عنه فإن علما بالغصب فهما كالغاصب في الضمان فيتبع المستحق أيهما شاء، ومثلهما المشتري إن علم، وإن لم يعلما بالغصب بدئ بالغاصب في الغرم فيرجع المالك على التركة في الموت، وعلى الغاصب في الهبة بالقيمة، ومثل المثلي. (الشرح الكبير للدردير ٣ / ٤٥٧).

وعندالشافعية: أن كل يد ترتبت على يد الغاصب، فهي يد ضمان، فيتخير المالك عند التلف بين مطالبة الغاصب ومن ترتبت يده على يده، سواء علم المغصوب أم لا؛ لأنه أثبت يده على مال غيره بغير إذنه، فالجهل ليس مسقطاً للضمان. ثم الثاني إن علم بالغصب، فهو غاصب =

. . . .

. . . .

. . . .

= من الغاصب، فيطالب بكل ما يطالب به الغاصب، وإن تلف المغصوب في يده، فقرار الضمان عليه، فإذا غرم لا يرجع على الأول، وإذا غرم الأول رجع عليه، هذا إذا لم تختلف قيمته في يدهما، أو كانت في يد الثاني أكثر، فلو كانت في يد الأول أكثر، لم يطالب بالزيادة إلا الأول وتستقر عليه.

أما إذا جهل الثاني الغصب، فإن كانت اليد في وضعها يد ضمان كالعارية، استقر الضمان على الثاني. وإن كانت يد أمانة كالوديعة، استقر على الغاصب على المذهب. وفي وجه: يستقر على المودع. وفي وجه: لا يطالب المودع أصلاً، وقد سبق بيان هذا الفصل في أواخر الباب الثالث من كتاب الرهن بزيادة على هذا، والقرض معدود من أيدي الضمان. ولو وهب المغصوب، فهل القرار على الغاصب لأنها ليست يد ضمان، أم على المتهب لأنه أخذه للتملك؟ قولان: أظهرهما: الثاني. (روضة الطالبين ٥/ ٩).

وعند الحنابلة:

(أ) إذا أجر الغاصب العين المغصوبة، فالإجارة باطلة كالبيع، وللمالك تضمين أيهما شاء أجر مثلها، فإن ضمن المستأجر لم يرجع بشيء؛ لأنه دخل في العقد على أنه يضمن المنفعة، إلا أن يزيد أجر المثل على المسمى في العقد فيرجع بالزيادة ويسقط عنه المسمى في العقد، ولو دفعه إلى الغاصب، فله حق الرجوع به. =

. . . .

. . . .

. . . .

= وفيما لو تلفت العين المستأجرة بيد المستأجر، فلصاحبها تغريم من شاء منهما قيمة العين المؤجرة، فإن غرم المستأجر، فإما أن يكون عالماً بالغصب أو لا، فإن كان جاهلاً به، فله الرجوع بما دفع على الغاصب «لأنه دخل معه على أنه لا يضمن العين ولم يحصل له بدل في مقابلة ما غرم».

وإن كان على علم بالغصب، فلا يحق له الرجوع بشيء على أحد؛ لأنه دخل على علم بالأمر وحصل التلف في يده، فاستقر الضمان عليه. فإن غرم الغاصب الأجر والقيمة، رجع بالأجر على المستأجر، سواء كان الأخير عالماً بالغصب أوجاهلاً به، ويرجع بالقيمة إن كان المستأجر عالماً بالغصب، وإلا فلا.

(ب) إذا أودع الغاصب العين المغصوبة أو وكل رجلاً في بيعها ودفعها إليه فتلفت في يد المودع أو الوكيل، فلمالك العين تضمين أيهما شاء، أما الغاصب، فلأنه كان السبب في الحيلولة بين المالك وملكه وأثبت اليد العادية عليه.

والمستودع والوكيل لإثبات كل منهما يده على ملك معصوم بغير حق، وإن غرّم الغاصب وكانا يجهلان الغصب، استقر الضمان على الغاصب ولا يحق له الرجوع على أحد بشيء.

أما لو غرّم المودع والوكيل، فلهما حق الرجوع على الغاصب بما غرما من القيمة والأجر؛ لأنهما دخلا على ألا يضمنا شيئاً من ذلك، كما أنه لم يحصل لهما بدل عما ضمناه. =

. . . .

. . . .

. . . .

= وفي حالة علمهما بالغصب، فالضمان يستقر عليهما، لتلف العين تحت أيديهما من غير تغرير بهما، فلا يرجعان بما غرما على أحد، وإن غرم الغاصب رجع عليهما، لما قلنا من تلف العين المغصوبة في أيدهما.

(جـ) إذا أعار الغاصب العين المغصوبة فتلفت بيد المستعير، فللمغصوب منه تضمين من شاء منهما أجرها وقيمتها، فإن غرم المستعير وكان علم بالغصب، لم يرجع على أحد، وإن غرم الغاصب رجع على المستعير.

أما لو جهل المستعير الغصب فغرمه المالك، فليس له حق الرجوع بقيمة العين؛ لأنه قبضها على أن تكون مضمونة عليه ولو أنه غرم أجر العين بالإضافة إلى قيمتها، ففي جواز رجوعه بما دفع من الأجر رأيان، **أحدهما** يقضي بحقه في الرجوع على الغاصب؛ لأنه استعار العين على أن منافعها له غير مضمونة عليه.

والرأي الثاني: لا يجيز له الرجوع.

(د) إذا وهب الغاصب الشيء المغصوب فتلف بيد الموهوب له، فإن كان عالماً بالغصب، فالضمان يستقر عليه؛ لأن العين قد هلكت وهي تحت يده، ولم يغره أحد. أما لو جهل الغصب وغرمه العين، فله حق الرجوع على الواهب بما غرم؛ لأنه قد غرّه في ذلك.

(انظر الإنصاف: ٦ / ١٧١، ومنتهى الإرادات: ١ / ٥١٥، وكشاف القناع: ٤ / ١١٣). =

. . . .

. . . .

الثاني فقرار الضمان عليه(١) وإلا فعلى الأول، إلا ما دخل الثاني على أنه مضمون عليه، فيستقر عليه ضمانه(٢).

= وإذا باع الغاصب العين المغوصبة ففي المذهب ثلاثة أقوال:

أحدها: يقضي بفساد البيع، لأن الغاصب لا يملك بيع مال غيره دون إذن منه.

والثاني: أن البيع صحيح ويقف على إجازة المالك، وتصرف الغاصب في هذه الحالة كتصرف الفضولي.

والقول الثالث: صحة البيع ونفاذه؛ لأن الغاصب في الظاهر تتطاول مدته، فلو لم يصح تصرف الغاصب لأدى ذلك إلى إلحاق الضرر بالمالك والمشتري؛ لأن المالك لا يملك الثمن، والمشتري لا يملك العين. وبذلك يلحق الضرر بالاثنين.

وفي الإنصاف: «وإن باع الغاصب العين المغصوبة أو وهبها لشخص آخر فإن كان المشتري أو الموهوب له عالماً بالغصبُ، فتلفت بيد أي منهما، فللمالك تضمين أيهما شاء، فإن ضمن الغاصب رجع على من استهلكت العين بيده وإن ضمن المستهلك لا يرجع على الغاصب بما ضمن.

أما لو جهل القابض للعين بالغصب، فضمنها للمغصوب منه، رجع على الغاصب بما ضمن؛ لأنه غره بذلك.

(١) لتعديه على ما يعلمه ملك غيره بغير إذن مالكه.

(٢) كالعارية على المذهب؛ لأنها مضمونة، وكالغاصب من الغاصب.

. . . .

وَمَا تَلَفَ أَوْ تَعَيَّبَ مِنْ مَغْصُوبٍ مِثْلِيٍّ

(وما تلف) أو أتلف [من][١] مغصوب **(أو تعيب)** ولم[٢] يمكن رده، كعبد أبق و[٣]فرس شرد **(من مغصوب مثلي)** وهو كل مكيل(١) أو موزون(٢) لا صناعة فيه مباحة يصلح السلم فيه(٣).

---

(١) من حب وثمر، ومائع ونحوها.

(٢) من حديد ونحاس، ورصاص، وحرير وقطن، ونحوها.

(٣) أي لا صناعة في مكيل نحو هريسة، ولا صناعة في موزون نحو أوان، ونحوها مباحة تلك الصناعة فإنه يضمن بقيمته؛ لأن الصناعة تؤثر فيه، والقيمة فيه أخص.

وقوله: «مباحة» أخرجت الصناعة المحرمة كحلي الرجال، وأواني الذهب والفضة فتضمن بوزنها؛ لتحريم صناعتها.

وقوله: «يصح السلم فيه» أخرج ما لا يصح فيه مما لا تنضبط صفاته كجوهر ونحوه، ففيه قيمته.

وعند الحنفية: المثلي: هو ما يتفاوت آحاده تفاوتاً يعتد به، وله نظير في الأسواق.

والقيمي: وهو ما يتفاوت آحاده تفاوتاً يعتد به،أو لا تتفاوت، ولكن لا نظير لها في مجال التجارة» (شرح مرشد الحيران: ص ٢).

وفي القواعد والأصول الجامعة للسعدي (ص ٦٥): «اختلف العلماء =

---

[١] ساقط من / ف.

[٢] في / ط بزيادة لفظ (ولو).

[٣] في / ش بلفظ: (أو فرس).

غَرِمَ مِثْلَهُ إِذاً،

(**غرم مثله إذا**)(١) لأنه لما تعذر ردّ العين لزمه رد ما يقوم مقامها، والمثل أقرب إليه من القيمة(٢)، وينبغي أن يستثنى منه الماء في المفازة، فإنه يضمن بقيمته في مكانه(٣)، ذكره في «المبدع»(٤).

= ما هي المثليات؟ فقيل: إنها المكيلات والموزونات فقط، والمتقومات ما عداها، وقيل: إن المثليات ما كان له مثل أو مشابه أو مقارن، وهو الصحيح؛ لأنه ﷺ: «**استقرض بعيراً وقضى خيراً منه، ولأنه ضمن أم المؤمنين حين كسرت صحفة أم المؤمنين الأخرى فأعطتها صفحتها الصحيحة، وقال: إناء بإناء، وطعام بطعام**» رواه أبو داود والترمذي وصححه».

(١) حيث أمكن رد مثله؛ لقوله تعالى: ﴿**وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا**﴾، وقال تعالى: ﴿**فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ**﴾.
وفي المغني (٧/٣٦٢): «قال ابن عبدالبر: كل مطعوم من مأكول، أو مشروب فمجمع على أنه يجب على مستهلكه قيمته لا مثله ..».
قال شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ١٦٥): «ويضمن المغصوب بمثله مكيلاً أو موزوناً أو غيرهما حيث أمكن، وإلا فالقيمة، وهو المذهب عند ابن أبي موسى، وقاله طائفة من العلماء».

(٢) لمماثلته له من طريق الصورة والمشاهدة والمعنى، بخلاف القيمة فإنها تماثل من طريق الظن والاجتهاد.

(٣) مع أن الماء مثلي لكونه مكيلاً؛ لتفاوت الأحوال، وتعتبر القيمة يوم أتلفه بالمفازة.

(٤) ٥/١٨٠.

. . . .

وَإلاَّ فَقيمَتُهُ يوْمَ تَعَذُّرِهِ، وَيَضْمَنُ غَيْرَ المِثْليِّ بقيمته يَوْمَ تَلَفِه،

(وإلا) يمكن رد مثل المثلى لإعوازه (**فقيمته يوم تعذر**[١])(١)؛ لأنه وقت استحقاق الطلب بالمثل فاعتبرت القيمة إذاً (**ويضمن غير المثلي**) إذا تلف أو (**بقيمته يوم تلفه**)(٢) في بلده من نقده(٣).............

---

(١) وهذا هو المذهب؛ لما علل به المؤلف.

وعن الإمام أحمد: تلزمه قيمته يوم تلفه.

وقال القاضي: يضمنه بقيمته يوم القبض يعني يوم قبض البدل.

وقيل: الأكثر من قيمته يوم البدل، أو قيمته يوم التلف.

(الإنصاف مع الشرح: ١٥ / ٢٥٦).

(٢) وهذا هو المذهب. (الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٥ / ٢٦٢).

وفي المغني (٧ / ٥٠٤): «ويتخرج أن يضمنه بقيمته يوم غصبه، وهو قول أبي حنيفة ومالك وروي عن أحمد؛ لأنه فوته عليه بغصبه فكان عليه قيمة ما فوت عليه حين فوته..».

(٣) أي بلد غصبه، من نقد بلد الغصب؛ لأنه موضع الضمان ومقتضى التعدي، فإن تعدد نقد البلد فمن غالبه رواجاً.

---

[١] في / ف بلفظ (تعذره)، وفي / هـ بلفظ: (تعد).

....

أو غالبه لقوله ـ عليه السلام ـ: «**من أعتق شركاً له في عبد قوم عليه**»[(١)][(٢)]، ولو أخذ حوائج من بقال ونحوه في أيام ثم يحاسبه، فإنه يعطيه بسعر يوم

---

(١) فأمر بالتقويم في حصة الشريك؛ لأنها متلفة بالعتق، ولم يأمره بالمثل، وهذا هو المذهب. (المصدر السابق).

وعن الإمام أحمد: يضمن بمثله، واختاره شيخ الإسلام، ففي الاختيارات (ص ١٦٥): «ويضمن المغصوب بمثله مكيلاً أو موزوناً أو غيرهما حيث أمكن، وإلا فالقيمة، وهو المذهب عند ابن أبي موسى، وقاله طائفة من العلماء، وإذا تغير السعر وفقد المثل فينتقل إلى القيمة وقت الغصب وهو أرجح الأقوال، ولو شق ثوب شخص خير مالكه بين تضمين الشاق نقصه، وبين شق ثوبه، ونقله إسماعيل الشالنجي عن أحمد ...».

وفي مجموع الفتاوى (٣٠ / ٣٣٣): «... ولا ريب أن ضمان المال بجنسه مع اعتبار القيمة أقرب إلى العدل من ضمانه بغير جنسه، وهو الدراهم والدنانير مع اعتبار القيمة، فإن القيمة معتبرة في الموضعين، والجنس مختص بأحدهما، ولا ريب أن الأغراض متعلقة بالجنس».

(٢) أخرجه البخاري: (٣ / ١١١، ١١٣) – الشركة – باب تقويم الأشياء بين الشركاء بقيمة عدل، وباب الشركة في الرقيق، (٣ / ١١٧، ١١٨) – العتق – باب إذا أعتق عبداً بين اثنين أو أمة بين الشركاء، مسلم: (٣ / ١٢٨٦–١٢٨٧) – الأيمان – (ح ٤٧–٥١) من حديث عبدالله ابن عمر رضي الله عنهما.

....

وَإِنْ تَخَمَّرَ عَصِيرٌ فَالـمِثْلُ، فَإِنِ انْقَلَبَ خَلاً دَفَعَهُ

أخـذه(١)، وإن تلف بعض المغصوب فنقصت قيمة باقيه[١] كـزوجي خف تلف أحدهما(٢) رد الباقي وقيمة التالف[٢] وأرش نقصه(٣).

(**وإن تخمر عصير**) مغصـوب (**فـ**) على الغاصب (**المثل**)(٤)؛ لأن ماليته زالت تحت يده، كما لو أتلفه، (**فإن انقلب**[٣] **خلاً دفعه**)

---

(١) إذا لم يقطع السعر، فإنه يعطيه قيمته بسعر يوم أخذه؛ لأنه ثبتت قيمته في ذمته يوم أخذه، لتراضيهما على ذلك، ولم يجب المثل في المثلي، ومقتضاه صحة البيع بثمن المثل، وهو اختيار شيخ الإسلام وتقدم في شروط صحة البيع.

(٢) وكل شيئين ينقصهما التفرق.

(٣) وهذا هو المذهب؛ لأنه نقص حصل بجنايته فلزمه ضمانه كما لو غصب ثوباً فشقه، ثم تلف أحد الشقين فإنه يلزمه رد الباقي وقيمة التالف وأرش النقص إن نقص.

وقيل: لا يلزمه أرش النقص، قال الحارثي: «وهذا الوجه لا أصل له، ولوهائه أعرض عنه غير واحد من الأصحاب مع الاطلاع على إيراد أبي الخطاب له. (الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٥ / ٢٧٠).

(٤) وهذا هو المذهب؛ لما علل به المؤلف.

والوجه الثاني: يلزمه قيمته، وفي الإنصاف: «قال الحارثي: وليس بجيد، قلت: وهو بعيد جدًّا؛ لأن له مثيلاً» (الإنصاف مع الشرح: ١٥ / ٢٧٦).

---

[١] في / س بلفظ: (قيمته).   [٢] في / ق. بلفظ: (التلف).

[٣] في / ط، ف، م بلفظ: (انقلبت).

وَمَعَهُ نَقْصُ قِيمَتِهِ عَصِيراً.

لمالكه لأنه عين ملكه[١]، (و) دفع (معه نقص قيمته)(١) حين كان (عصيراً) إن نقص؛ لأنه نقص حصل تحت يده(٢)، ويسترجع الغاصب ما أداه بدلاً عنه(٣)، وإذا كان المغصوب مما جرت العادة بإجارته(٤) لزم الغاصب أجرة مثله مدة، بقائه بيده استوفى المنافع أو تركها تذهب(٥).

---

(١) وهذا المذهب؛ لما علل به المؤلف.
وفي الإنصاف: «وقال في عيون المسائل: لا يلزمه قيمة العصير؛ لأن الخل عينه، كحمل صار كبشاً، وقال الحارثي: وللشافعية وجه يملكه الغاصب، وهو الأقوى ونصره بأدلة ..» (المصادر السابقة).
(٢) كتلف جزء منه، وكما لو نقص بلا تخمر.
(٣) أي ويسترجع الغاصب إذا رد الخل وأرش نقص العصير ما أداه بدلاً عن العصير، وهو المثل الذي دفعه لمالكه؛ كما لو أدى قيمة الآبق، ثم قدر عليه ورده لربه.
(٤) كرقيق، ودواب، وسفن.
(٥) فتضمن منافعه بالفوات والتفويت، وتقدم بحث هذه المسألة عند قول المؤلف: «ويلزم غاصباً رد مغصوب ...».
وفي الإنصاف مع الشرح (١٥ / ٢٨٠): «فائدتان: **إحداهما**: لو كان العبد ذا صنائع لزمه أجرة أعلاها فقط. **الثانية**: منافع المقبوض بعقد فاسد كمنافع المغصوب تضمن بالفوات والتفويت».
لأن المنفعة مال متقوم فوجب ضمانها كالعين، وإن تلف المغصوب فعليه أجرته إلى وقت تلفه، وتقدم بحث ضمان منافع المغصوب عند قول المؤلف: «ويلزم غاصباً رد مغصوب».

---

[١] في / س بلفظ: (مالكه).

فصل

وَتَصَرُّفَاتُ الغَاصِبِ الحُكْمِيَّةُ بَاطِلَةٌ،

باب الغَصب(١)

(وتصرفات الغاصب الحكمية) أي التي لها حكم من صحة وفساد كالحج والطهارة ونحوها(٢)، والبيع والإجارة والنكاح ونحوها (باطلة) لعدم

---

(١) أي في حكم تصرفات الغاصب، والإتلافات وضمانها وما يتعلق بذلك. (حاشية ابن قاسم: ٥/ ٤٠٩).

(٢) أي من سائر العبادات التي تتعلق بمغصوب.

في الإنصاف مع الشرح (٥/ ٢٨٣): «تنبيهان: أحدهما: بنى المصنف في «المغني» وجماعة، تصرف الغاصب، على تصرف الفضولي، فأثبت فيه ما في تصرف الفضولي، من رواية الانعقاد موقوفاً على إجازة المالك.

قال الحارثي: ومن متأخري الأصحاب من جعل هذه التصرفات من نفس تصرفات الفضولي. قال: وليس بشيء. ثم قال: ولا يصح إلحاقه بالفضولي. وفرق بينهما بفروق جيدة.

الثاني: هذا الخلاف المحكي في أصل المسألة من حيث الجملة، وقد قسمها المصنف قسمين: عبادات، وعقود. فالعبادات فيها مسائل؛ منها، الوضوء بماء مغصوب، والوضوء من إناء مغصوب، وغسل النجاسة بماء مغصوب، وسترُ العورة بثوب مغصوب، والصلاة في موضع مغصوب. وقد تقدم ذلك مستوفى في كتاب الطهارة، والآنية، وإزالة النجاسة، وستر العورة، واجتناب النجاسة. ومنها، الحج بمال مغصوب،

. . . .

. . . .

كما قال المصنف، والصحيح من المذهب أنه لا يصح. وقيل: عنه، يُجزئه مع الكراهة. قاله ابن أبي موسى. واختاره ابن عقيل. قال الحارثي: وهو أقوى. قلت: وهو الصواب، فيجب بدل المال ديناً في ذمته. ومنها، الهديُ المغصوب لا يجزئُ. صرَّح به الأصحاب. وعنه: الصحةُ موقوفةٌ على إجازة المالك. ونص الإمام أحمد على الفرق بين أن يعلم أنها لغيره، فلا يجزئه، وبين أن يظن أنها لنفسه، فيجزئه، قال في «الفائدة العشرين»: ولا يصحُ. وإن كان الثمن مغصوباً، لم يُجزئه أيضاً؛ اشتراه بالعين، أو في الذمة. قاله الحارثي. قلتُ: لو قيل بالإجزاء إذا اشتراه في الذمة، لكان مُتجهاً. ومنها، لو أوقع الطواف، أو السعي، أو الوقوف على الدآبة المغصوبة، ففي الصحة روايتا الصلاة في البقعة المغصوبة. قاله الحارثي. قلت: النفس تميلُ إلى صحة الوقوف على الدآبة المغصوبة. ومنها أداءُ المال المغصوب في الزكاة غير مجزئٍ. قال الحارثي: ثم إن أبا الخطاب صرح بجريان الخلاف في الزكاة، وتبعه المصنف في «المغني»، فإن أريد به ما ذكرنا من أداء المغصوب عن الغاصب، وهو الصحيح، فهذا شيء لا يقبل نزاعاً ألبتة؛ وإن أريد به الأداءُ عن المالك، بأن أخرج عنه من النصاب المغصوب، وهو بعيدٌ جدًّا، فإن الواقع من التصرف للعبادة إنما يكون عن الغاصب نفسه، فلا يُقبل أيضاً، ومنها: كل صدقة؛ من كفارة، أو نذر، أو غيرهما، كالزكاة سواءً. ومنها: عتق المغصوب لا ينفذ، بلا خلاف في المذهب. ومنها: الوقف لا ينفذ في المغصوب، قولاً

. . . .

. . . .

. . . .

واحداً. لكن لو كان ثمن المعتق أو الموقوف مغصوباً؛ فإن اشترى بعين المال لم ينفذ، وإن اشترى في الذمة، ثم نقده، فإن قيل بعدم إفادة الملك، لم ينفذ، وإن قيل بالإفادة، نفذ العتق والوقف. قاله الحارثي. وأما العقود؛ من البيع، والإجازة، والنكاح، ونحوها، فالعقد باطلٌ. على الصحيح من المذهب، ونص عليه. وعليه الأصحاب. وتقدم حكاية الرواية بالصحة، والكلام عليها، والرواية بالوقف على الإجازة.

تنبيه: قوله: وتصرفات الغاصب الحُكمية. أي التي يُحكم عليها بصحة أو فساد. احترازاً من غير الحُكمية، كإتلاف المغصوب؛ كأكله الطعام، أو إشعاله الشمع، ونحوهما، وكلبسه الثوب، ونحوه، فإن هذا لا يُقال فيه صحيح ولا فاسد، والله أعلم. قال ابن نصر الله في «حواشي الفروع»: وقوله: الحُكمية: احترازٌ من التصرفات الصورية. فالحكمية؛ ما له حكم من صحة وفساد، كالبيع، والهبة، والوقف، ونحوه. والصورية: كطحن الحب، ونسج الغزل، ونجر الخشب، ونحوه. انتهى. وهو كالذي قبله.

قوله: وإن اتجر بالدراهم، فالربح لمالكها. يعني إذا اتجر بعين المال، أو بثمن الأعيان المغصوبة، فالمال وربحه لمالكها. وهذا الصحيح من المذهب. . . .

وقال الحارثي: ويتخرج من القول ببطلان التصرف رواية بعدم الملك للربح وهو الأقوى، وعن الإمام أحمد: يتصدق به، وقيل: لا يصح بعينه إن قلنا: النقود تتعين بالتعيين» ا.هـ.

. . . .

وَالقَوْلُ فِيْ قِيمَةِ التَّالِفِ أَوْ قَدْرِهِ

إذن المالك، وإن اتجر بالمغصوب فالربح لمالكه[١]، (**والقول في قيمة التالف**) قول الغاصب؛ لأنه غارم، (**أو قدره**) أي قدر المغصوب[٢]،

---

(١) وهذا هو المذهب، وبه قال الإمام مالك والخسارة يتحملها الغاصب؛ لأنها نقص في العين المغصوبة.

وعند الحنفية: إن دخلت العين المغصوبة في ضمان الغاصب بأن تعيبت بسبب الاستعمال فالربح بسبب التجارة يتصدق به عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف يدخل في ملك الغاصب.

وإن كانت العين لم تدخل في ضمان الغاصب بأن كانت قائمة لم يطرأ عليها نقص فيتصدق بالربح قولاً واحداً.

وعند الشافعية: إذا غصب مبلغاً من النقود واشترى سلعة في الذمة وسدد ثمنها من المال المغصوب وربح في ذلك؛ فالقول القديم: أن الربح للمغصوب منه، وفي الجديد: الربح للغاصب.

وعند شيخ الإسلام: يجعل ا لربح بينهما كما لو كانا شركين شركة مضاربة؛ لورود ذلك عن عمر رضي الله عنه لما أقرض أبو موسى رضي الله عنه ابني عمر من مال الفيء فجعل عمر الربح بينهما مناصفة بينهما وبين المسلمين.

(تبيين الحقائق: ٥/ ٢٢٥، وشرح الخرشي: ٦/ ١٤٣، والمهذب: ١/ ٣٧٠، والمبدع: ٥/ ١٨٧، ومجموع الفتاوى: ٣٠/ ٣٢٣).

(٢) إذا حصل الإنكار في قدر المغصوب، كأن يقول المغصوب منه: غصبت مني ثوبين، فينكر الغاصب ويقول: ثوباً واحداً، فالقول قول الغاصب مع يمينه؛ لأن الأصل براءة الذمة من الزيادة، ولأن الغاصب منكر، والقول =

. . . .

أَوْ صِفَتِهِ قَوْلُهُ وَفِي رَدِّهِ وَعَدَمِ عَيْبِه

(أو صفته) بأن قال: غصبتني عبداً كاتباً، وقال الغاصب: لم يكن كاتباً، [قبل][1] (قوله) أي قول الغاصب كما تقدم(١).

(و) القول (في رده(٢) أو تعيبه(٣)) بأن قال الغاصب: كانت فيه

= قول المنكر مع يمينه.

(بدائع الصنائع: ٧/١٦٣، والذخيرة: ٨/٣٠٣، وحاشية الشيرواني على تحفة المحتاج: ٦/٢٠، والمبدع: ٥/١٨٨).

إلا مع وجود قرينة يظهر بها قول المغصوب منه، أو كان هناك بينة عمل بها.

(١) من قوله: القول في قيمة التالف قول الغاصب؛ لأنه غارم.

(٢) إذا ادَّعى الغاصب رد العين المغصوبة إلى مالكها، وأنكر المالك الرد، فالقول قول المالك مع يمينه؛ لأن الأصل عدم الرد، واشتغال ذمة الغاصب. وهذا باتفاق الأئمة.

(بدائع الصنائع: ٧/١٦٤، ومنح الجليل: ٧/٨٠، وروضة الطالبين: ٥/٣٠، ومعونة أولى النهى: ٥/٣٥٤).

(٣) إذا ادعى الغاصب أن العين المغصوبة معيبة، وأنكر المالك كونها ذلك؛ فالمذهب وهو قول جمهور أهل العلم: أن القول قول المالك؛ لما علل به المؤلف.

وعند المالكية: أن القول قول الغاصب إن شهدت له الحال، وإلا فالقول قول المالك؛ لأن القرينة قد ترجِّح قول الغاصب، والقرائن معتبرة شرعاً.

(المصادر السابقة).

---

[١] ساقط من جميع النسخ ما عدا / ز.

قَوْلُ رَبِّهِ، وَإِنْ جَهِلَ رَبَّهُ

أصبع زائدة أو نحوها[١]، وأنكر مالكه [قبل][٢] **(قول ربه)**؛ لأن الأصل عدم الرد والعيب، وإن شاهدت[٣] البينة[٤] المغصوب معيباً(١)، وقال الغاصب: كان معيباً وقت غصبه، وقال المالك: تعيب عندك، قدم قول الغاصب؛ لأنه غارم(٢).

(وإن جهل) [الغاصب][٥] **(ربه)** أي رب المغصوب، سلمه إلى الحاكم(٣)،

---

(١) يعني عند الغاصب، أو اتفقا على أنه كان معيباً.

(٢) والقول قول الغارم بيمينه مع عدم البينة، ولأن الظاهر أن الصفة لم تتغير والأصل براءة الذمة، إلا مع وجود قرينة.

(٣) إذا كان أهلاً، وفي الإنصاف (١٥/٢٩٣): «بلا نزاع، ويجوز له الصدقة بها عنهم بشرط ضمانها، ويسقط عنه إثم الغصب على الصحيح من المذهب».
وقال ابن رجب في القاعدة (٩٧): «لم يذكر أصحابنا فيه خلافاً».
وقال في القاعدة (١٠٦): «ويتصدَّق بها عنه على الصحيح».
وفي الإنصاف: «نقل المرُّوذي: يعجبني الصدقة بها». =

---

[١] في / م، ف بلفظ: (ونحوه).

[٢] ساقط من جميع النسخ ما عدا / ز، وفي / ط بلفظ: (فقول ربه).

[٣] في / ف، م بلفظ: (شهدت).

[٤] في / ز، وبعض المطبوعات بلفظ: (إن المغصوب كان معيباً).

[٥] ساقط من س/، وفي / ظ بلفظ: (غاصب).

تَصَدَّق به عَنْهُ مَضْمُوناً ،

فبرئ من عهدته ويلزمه تسليمه أو [١]**(تصدق به عنه مضموناً)** أي بنية ضمانه إن جاء ربه[٢]، فإذا تصدق به كان ثوابه لربه وسقط عنه إثم الغصب[٣].

= وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ١٦٥): «ومن كانت عنده غصوب وودائع وغيرها لا يعرف أربابها صرفت في المصالح، وقال العلماء: ولو تصدق بها جاز، وله الأكل منها ولو كان غاصباً إذا تاب وكان فقيراً».
وقال في مجموع الفتاوى (٣٠ / ٣٢٧): «وإن عرف أن في ماله حلالاً مملوكاً وحراماً لا يعرف مالكه، وعرف قدره فإنه يقسم المال على قدر الحلال والحرام، فيأخذ قدر الحلال، وأما الحرام فيتصدق به عن أصحابه، كما يفعل من عنده أموال مجهولة الملاك، من غصوب وعواري وودائع، فإن جمهور العلماء كمالك وأبي حنيفة وأحمد وغيرهم يقولون: إنه يتصدق بها، وهذا المأثور في مثل ذلك عن أصحاب رسول الله ﷺ - فإن عمر رضي الله عنه أخذ نصف أموال عماله على الشام ومصر والعراق لما رأى اختلاط أموالهم بشيء من أموال المسلمين - وإن لم يعرف مقدار الحلال والحرام فإنه يجعل المال نصفين، يأخذ لنفسه نصفه، والنصف الثاني يوصله إلى أصحابه إن عرفهم، وإلا تصدق به».

(١) ولا يحتاج إلى إذن حاكم.

(٢) لأن الصدقة بها عنهم بدون ضمان إضاعة لها لا إلى بدل.

(٣) لأنه معذور بعجزه عن الرد لجهله بالمالك.

وَمَنْ أَتْلَفَ مُحْتَرَماً، أَوْ فَتَحَ قَفَصاً، أَوْ بَاباً،

وكذا حكم رهن ووديعة ونحوها[(١)] إذا جهل ربها، وليس لمن هي عنده أخذ شيء منها ولو كان فقيراً[(٢)].

(**ومن أتلف**) لغيره مالاً (**محترما**) بغير إذن ربه ضمنه؛ لأنه فوته عليه[(٣)] (**أو فتح قفصًا**) عن[1] طائر فطار ضمنه، (**أو**) فتح (**باباً**)

---

(١) لما في ذلك من الجمع بين مصلحة القابض بتبرئة ذمته، والمالك بتحصيل الثواب له.

(٢) وفي الإنصاف (١٥ / ٢٩٥): «نصَّ عليه – أي الإمام أحمد – وخرج القاضي جواز الأكل منها إذا كان فقيراً على الروايتين في شراء الوصي من نفسه نقله عنه ابن عقيل، وأفتى به الشيخ تقي الدين إذا تاب.

تنبيه: ظاهر قوله: لا يعرف أربابها: أنه لا يتصدق بها إلا مع عدم معرفة أربابها سواء كان قليلاً أو كثيراً، وهو المذهب.

ونقل الأثرم: له الصدقة بها إذا علم ربها، وشق دفعها إليه، وهو يسير كحبة».

(٣) وفي الشرح الكبير: «لا نعلم فيه خلافاً».

وفي الإنصاف: «سواء كان عمداً أو سهواً، ومفهومه أن غير المحترم لا يضمنه كمال الحربي والصائل، والعبد في حال قطعه الطريق ونحوه، وهو كذلك».

---

[١] في / م، ف بلفظ: (من).

أَوْ حَلَّ وِكَاءً أَوْ رِبَاطاً أَوْ قَيْداً فَذَهَبَ مَا فِيه، أَوْ أَتْلَفَ شَيْئاً وَنَحْوَهُ

فضاع ما كان مغلقاً بسببه، (**أو حل وكاء**[١]) زق[٢] مائع أو جامد فأذابته الشمس أو ألقته ريح فاندفق ضمنه[٣] (**أو**) حل (**رباطًا**) عن فرس[٤] (**أو**) حل (**قيداً**) عن مقيد[٥].

(**فذهب ما فيه أو أتلف**) ما فيه (**شيئاً**[٦] **ونحوه**) أي نحو ما ذكره

---

(١) في المصباح (٢ / ٦٧٠): «الوكاء مثل: كتاب حبل يشد به رأس القربة».

(٢) في المصباح (١ / ٢٥٤): «الزق بالكسر الظرف».

(٣) أي أو ألقت الزق بعد حله ريح ضمنه المتعدي؛ لأنه تلف بسببه.

(٤) أو سفينة مربوطة.

(٥) كأسير.

قال ابن هبيرة في الإفصاح (٢ / ٣٢): «واختلفوا فيما إذا فتح القفص عن الطائر فطار، أو حل عقال البعير فشرد، فقال أبو حنيفة: لا ضمان عليه على كل وجه، وقال مالك وأحمد: عليه الضمان سواء خرج عقيبه أو متراخياً، وعن الشافعي قولان: القديم: لا ضمان عليه مطلقاً، وفي الجديد: إن طار عقيب الفتح وجب الضمان، وإن وقف ثم طار لم يضمن».

(الفتاوى الهندية: ٦ / ٥٤).

(٦) أي أو أتلف الطائر أو الفرس ونحوه شيئاً كأن كسر إناء، أو قتل إنساناً، أو أتلف مالاً، أو أتلف الدآبة التي حلها زرعاً أو غيره، أو انحدرت السفينة التي حلها فأتلفت شيئاً ضمنه لحصول التلف بسبب فعله.

. . . .

ضَمِنَهُ، وَإِنْ رَبَطَ دَآبَّةً بِطَرِيْقٍ ضَيِّقٍ فَعَثَرَ بِهِ إِنْسَانٌ ضَمِنَ،

(ضمنه) لأنه تلف بسبب فعله، **(وإن ربط دآبة بطريق** [ضيق][١] **فعثر به إنسان)**(١) أو أتلف شيئاً **(ضمن)** لتعدِّيه بالربط، ومثله لو ترك في

(١) في الإنصاف مع الشرح (١٥/٣٠٣): «شمل مسألتين:

إحداهما: أن يكون الطريق ضيقاً فيضمن ما أتلف . . .

والمسألة الثانية: أن يكون الطريق واسعة، فظاهر ما قطع به المصنف هنا: أنه يضمن . . .

وهو مذهب الشافعية؛ لأن الارتفاق به مشروط بسلامة العاقبة، وهو ظاهر قول المالكية.

والرواية الثانية: لا يضمن إذا لم تكن في يده . . . وقال القاضي: ظاهر كلام أحمد: أنه لا يضمن إذا كان واقفاً لحاجة، والطريق واسع، قال الحارثي: وهو الأقوى نظراً» ا.هـ.

وروي عن النبي ﷺ من حديث النعمان بن بشير رضي الله عنه أنه قال: «**من وقف دآبة في سبيل المسلمين، أو في سوق من أسواقهم فوطئت بيدٍ أو رجل فهو ضامن**» رواه الدارقطني والبيهقي (٨/٣٤٤) وضعفه.

وعند الحنفية: إن كانت الدآبة في طريق المسلمين واقفة أوقفها صاحبها فهو ضامن مطلقاً وإن كانت سائرة ولم يكن صاحبها معها، فإن سارت بإرسال صاحبها فصاحبها ضامن ما دامت تسير في وجهها، فإن عطفت يميناً أو شمالاً ولم يكن لها طريق إلا ذلك فالضمان على المرسل، وإن كان لها طريق آخر لم يضمن . . . .

(الفتاوى الهندية: ٦/٥١، وحاشية الدسوقي: ٢/٢٤٣ ومغني المحتاج: ٤/٢٠٦).

[١] ساقط من / س.

كَالْكَلْبِ العَقُورِ لِمَنْ دَخَلَ بَيْتَهُ بِإِذْنِهِ، أَوْ عَقَرَهُ خَارِجَ مَنْزِلِهِ

الطريق طيناً أو خشبة أو حجراً[(١)] أو كيس دراهم، أو أسند خشبة إلى حائط[(٢)]، (كـ) ما يضمن مقتني (**الكلب العقور لمن دخل بيته بإذنه أو عقره خارج**) منزله؛ لأنه متعدٍّ باقتنائه[(٣)]، فإن دخل[[١]] منزله بغير إذنه لم يضمنه؛ لأنه متعدٍّ بالدخول[(٤)]، وإن أتلف العقور شيئاً بغير العقر،

---

(١) أي لا لمصلحة كمن جعلها في نحو مطر ليمر الناس عليها.

(٢) ولو كان مائلاً للسقوط فعثر بالخشبة إنسان، أو تلف به شيء ضمن لحصول التلف بتعديه.

(٣) وإن كان موثوقاً لم يضمن ما عقره، كما لو كان عنده من غير اقتناء ولا اختيار.

(٤) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية: أنه يضمن مقتني الكلب العقور ما يتلفه بالعقر، وأما ما يتلفه لغير العقر، كما لو ولغ في إناء أو بال، فلا ضمان؛ لأن هذا لا يختص بالكلب العقور.

وعند الحنفية: ضمان ما يتلفه الحيوان الخطر من مال أو نفس إذا وجد من مالكه إشلاء، أو إغراء، أو إرسال، وهو قول أبي يوسف، وهو المفتى به خلافاً لأبي حنفية.

وعند المالكية: إذا اتخذ الكلب العقور بقصد قتل إنسان معين وقتله فالقود، وإن قتل غير المعين فالدية، وكذلك إن اتخذه لقتل غير معين وقتل شخصاً فالدية أنذر أم لا، وإن اتخذه لوجه جائز فالدية إن تقدم له إنذار قبل القتل وإلا فلا شيء عليه، وإن اتخذه لا لوجه جائز ضمن ما أتلف،=

---

[١] في / م بلفظ: (فإن خل).

. . . .

كما لو ولغ أو بال في إناء إنسان فلا ضمان؛ لأن هذا لا يختص[١] بالعقور، وحكم أسد ونمر وذئب وهر تأكل الطيور وتقلب القدور في العادة حكم كل عقور(١)، وله قتل هر بأكل لحم(٢) ونحوه والفواسق(٣)، وإن حفر في فنائه بئراً لنفسه ضمن ما تلف بها، وإن

= تقدم له فيه إنذار أم لا حيث عرف أنه عقور، وإلا لم يضمن؛ لأن فعله حينئذ كفعل العجماء.

(بدائع الصنائع: ٧ / ٢٧٣، وجامع الفصولين: ٢ / ٨٥، وحاشية الدسوقي: ٤ / ٢٤٤، وشرح المحلى على المنهاج: ٤ / ٢١٣، وكشاف القناع: ٤ / ١٢٠).

(١) في ضمان ما أتلف؛ لأنه متعد باقتنائه، فإن لم يكن له عادة بذلك فلا ضمان. (الإنصاف مع الشرح: ١٥ / ٣٠٨).

(٢) وهذا هو المذهب.

وقال في الفصول: له قتلها حين أكلها، واقتصر عليه الحارثي ونصره.

وقال في الترغيب: له قتلها إذا لم تندفع إلا به كالصائل. (المصدر السابق).

(٣) لما روت عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: «**خمس فواسق يقتلن في الحلِّ والحرم: العقرب، والحِدَأة، والغراب الأبقع، والفأرة، والكلب العقور**». متفق عليه.

---

[١] في / ف بلفظ: (لا يخصُّ العقر)، وفي / م بلفظ: (لا يخصُّ العقود)، وفي / هـ. بلفظ: (لا يختص العقول).

....

حفرها لنفع المسلمين بلا ضرر في سابلة لم يضمن ما تلف بها[١]؛ لأنه محسن[٢]، وإن مال حائطه ولم يهدمه حتى أتلف شيئاً لم يضمنه؛

(١) أي وإن حفر شخص في فناء داره، وهو ما كان خارج داره قريباً منها - بئراً لنفسه يختص بها ضمن ما تلف بالبئر، وكذا البناء في فنائه؛ لأنه تلف حصل بسبب تعديه وهذا هو المذهب.
وجوز بعض الأصحاب: حفر بئر لنفسه في فنائه بإذن الإمام، ذكره القاضي، قال الشيخ تقي الدين: نقلته من خطه في مسألة حدثت في زمنه. (المصدر السابق).
قال ابن رجب في القاعدة (٨٨): «وفي الأحكام السلطانية: له التصرف في فنائه بما شاء من حفر وغيره إذا لم يضر.
وقال شيخ الإسلام: «ومن لم يسد بئره سداً يمنع من الضرر ضمن ما تلف بها». (الإنصاف مع الشرح: ١٥ / ٣١١).

(٢) وما على المحسنين من سبيل، وهذا هو المذهب.
وفي الإنصاف (١٥ / ٣١٢): «وقيد في الوجيز: إن كانت السايلة واسعة، وهو قيد حسن.
وعن الإمام أحمد: أنه يضمن، قال الحارثي: وهذا له قوة.
وعن الإمام أحمد: لا يضمن إن كان بإذن الإمام، وإلا ضمن.
ومحل الخلاف: إذا كان السايلة واسعة فإن كانت ضيقة ضمن بلا نزاع... ومحل الخلاف أيضاً: إذا حفر في غير مكان يضر بالمارة ... وإلا ضمن ...» ا.هـ. =

....

وَمَا أَتْلَفَتِ البَهِيمَةُ مِنَ الزَّرْعِ

لأن الميل حادث والسقوط بغير فعله(١) (وما أتلفت البهيمة من الزرع)

= وقوله ﷺ: «والبئر جبار» أن يحفر شخص في ملك نفسه بئراً فيتردى إنسان فهدر. وقوله: «والمعدن جبار» أي أن يستأجر من يستخرجها فإذا انهارت عليهم فدماؤهم هدر؛ لأنهم أعانوا على أنفسهم.

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفية، والشافعية؛ لما علل به المؤلف.
وعند الحنفية استحساناً، وبه قال المالكية، وهو قول للشافعية، ورواية للإمام أحمد: أنه يضمن؛ لوروده عن علي رضي الله عنه، ولأن الحائط لما مال فقط شغل هواء الطريق بميله، ورفعه بقدرة صاحبه.
واشترط الحنيفة للتضمين: أن يطالب بالنقض بعد ميل الحائط، وأن تمضي مدة يقدر فيها على النقض.
واشترط المالكية، وهو رواية عن الإمام أحمد: الإشهاد على المطالبة، قال الدردير: «هذا إذا كان منكراً للميلان، أما إذا كان مقرًّا فلا يشترط».
وفي الإنصاف: «وقيل: يضمن مطلقاً، وخرجه أبو الخطاب والمجد وجهاً... قال الحارثي: وهو الأقوى».
(تبيين الحقائق: ٦/ ١٤٧، وشرح المحلى على المنهاج: ٤/ ١٤٨، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٤/ ٣٥٦، والإنصاف مع الشرح الكبير: ١٥/ ٣٢٤).
فإن كان الخلل في البناء أصليًّا، بأن أُنشيء الحائط مائلاً إلى الطريق العام؛ ضمن مطلقاً. (المصادر السابقة).

. . . .

لَيْلاً ضَمِنَهُ صَاحِبُهَا وَعَكْسُهُ النَّهَارُ،

والشجر وغيرهما(**ليلاً ضمنه صاحبها أو عكسه النهار**)[1]؛لما روى مالك

---

(١) ما تتلفه البهيمة إذا لم تكن يد صاحبها عليها لا يخلو من أمرين:

الأول: أن يكون زرعاً أو شجراً، فالمذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: إن كان ذلك ليلاً ضمن صاحبها، وإن كان نهاراً لم يضمن؛ لما استدَّل به المؤلف.

قال ابن قدامة: «ولأن العادة من أهل المواشي إرسالها في النهار للرعي، وحفظها ليلاً، وعادة أهل الحوائط حفظها نهاراً دون الليل، فإذا ذهبت ليلاً كان التفريط من أهلها بتركهم حفظها في وقت عادة الحفظ، وإن أتلفت نهاراً كان التفريط من أهل الزرع فكان عليهم».

وقيد المالكية عدم ضمان الإتلاف نهاراً بشرطين:

الأول: أن يكون معها راع.

الثاني: أن تسرح بعيداً عن المزارع، وإلا فعلى الراعي الضمان. ويشترط لضمان ربها ليلاً: إذا لم يربطها أو يقفل عليها.

وقيد الحنابلة والشافعية: أنه إذا لم يفرِّط فلا ضمان على مالكها، وإن فرَّط ضمن.

وعند أبي حنيفة: لا تضمن مطلقاً إذا انفلتت؛ لحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**العجماء جبار**» متفق عليه، وقوله :«**جبار**» أي هدر.

وقال الليث: يضمن مالكها ما أفسدته ليلاً ونهاراً بأقل الأمرين من =

إلاَّ أَنْ تُرْسَلَ

عن الزهري عن حزام[١] بن سعد: «**أن ناقة للبراء دخلت حائط [قوم]**[٢] **فأفسدت، فقضى رسول الله ﷺ أن على أهل الأموال حفظها بالنهار، وما أفسدت بالليل؛ فهو مضمون عليهم**»(١)، (**إلا أن ترسل**) نهاراً.

= قيمتها أو قدر ما أتلفته، قياساً على العبد إذا جنى.

(الدر المختار: ٥/٣٩٠، وشرح الزرقاني لمختصر خليل: ٨/١١٩، وحاشية البحيرمي على شرح الشربيني للخطيب: ٣/١٤٥، والمغني: ١٢/٤٥، والإنصاف مع الشرح: ١٥/٣٣٧).

الثاني: أن يكون غير الزرع والشجر: فالمذهب ومذهب الشافعية: أنه لا فرق بين الشجر والزرع وبقية الأموال كما تقدم.

وعند أبي حنيفة والمالكية: لا يضمن ما أتلفته بذنبها أو قرنها أو رجلها ليلاً أو نهاراً، ولو لم يربطها أو يغلق عليها.

(المصادر السابقة وحاشية الدسوقي: ٤/٣٥٧).

(١) أخرجه مالك: (٢/٧٣٧) – الأقضية – (ح ٣٧)، وابن ماجه: (٢/٧٨١) – الأحكام – باب الحكم فيما أفسدت المواشي – (ح ٢٣٣٢)، وأحمد: (٥/٤٣٥–٤٣٦)، والشافعي في المسند: (ص ١٩٥)، والطحاوي في شرح المعاني الآثار: (٣/٢٠٣)، وابن جرير الطبري في تفسيره: (١٧/٥٣)، والبيهقي: (٨/٢٧٩، ٣٤١)، والبغوي في تفسيره: (٤/٣٠٤) – من طريق ابن شهاب عن حرام بن سعد بن =

---

[١] في / ط، هـ، ف، م بلفظ: حرام.

[٢] ساقط من / س.

بِقُرْبِ مَا تُتْلِفُهُ عَادَةً،

(**بقرب ما تتلفه عادة**) فيضمن مرسلها لتفريطه[1]، وإذا طرد دابة

= محيصة مرسلاً.
وأخرجه أبو داود: (٣/ ٨٢٩) - البيوع - باب المواشي تفسد زرع قوم - (ح ٣٥٦٩)، وأحمد: (٥/ ٤٣٦)، والنسائي في السنن الكبرى: (٣/ ٤١١ - ح ٥٧٨٤)، وعبدالرزاق: (١٠/ ٨٢ - ح ١٨٤٣٧)، وابن حبان كما في الإحسان: (٧/ ٥٩٩ - ح ٥٩٧٦)، وابن حزم في المحلى: (١١/ ٤)، والبيهقي: (٨/ ٣٤٢) - من طريق الزهري عن حرام ابن محيصة عن أبيه.
وأخرجه أبو داود: (٣/ ٨٢٩-٨٣٠ - ح ٣٥٧٠)، وابن ماجه: (٢/ ٧٨١ - ح ٢٣٣٢)، والنسائي في الكبرى: (٣/ ٤٢٢-٤١٢ - ح ٥٧٨٥، ٥٧٨٦)، والشافعي في المسند: (ص ١٩٥)، والطحاوي في شرح معاني الآثار: (٣/ ٢٠٣)، والحاكم: (٢/ ٤٨)، وابن حزم في المحلى: (١١/ ٤)، والبيهقي: (٨/ ٣٤١) - من طريق الزهري عن حرام بن محيصة عن البراء بن عازب.
الحديث صحيح، وصححه ابن حبان والحاكم والذهبي. قال ابن عبدالبر: «وهذا الحديث وإن كان مرسلاً فهو حديث مشهور أرسله الأئمة، وحدث به الثقات، واستعمله فقهاء الحجاز وتلقوه بالقبول، وجرى في المدينة العمل به، وحسبك باستعمال أهل المدينة وسائر أهل الحجاز لهذا الحديث» انظر: الجامع لأحكام القرآن: (١١/ ٣١٥)، وفتح الباري: (١٢/ ٢٥٨).

(١) في الإنصاف مع الشرح الكبير (١٥/ ٣٤١): «ظاهره سواء أرسلها =

وَإِنْ كَانَتْ بِيَدِ رَاكِبٍ، أَوْ قَائِدٍ أَوْ سَائِقٍ ضَمِنَ جِنَايَتَهَا بِمُقَدَّمِهَا لاَ بِمُؤَخَّرِهَا،

من زرعه لم يضمن(١) إلا أن يدخلها مزرعة غيره(٢)، فإذا[١] اتصلت المزارع صبر ليرجع على ربها(٣)، ولو قدر أن يخرجها وله منصرف غير المزارع فتركها فهدر(٤) (**وإن كانت**) البهيمة (**بيد راكب، أو قائد، أو سائق ضمن جنايتها بمقدمها**) كيدها وفمها، (**لا**) ما جنت (**بمؤخرها**)(٥)

= بقرب ما تتلفه عادة أو لا ... وهو ظاهر كلام الأكثرين من أهل المذهب... وقال القاضي وجماعة من الأصحاب: لا يضمن إلا أن يرسلها بقرب ما تتلفه عادة فيضمن ... قلت: وهو الصواب ..».

(١) أي ما أفسدته من مزرعة غيره.

(٢) فيضمن ما أفسدت منها؛ لتسببه، وظاهره: ولو مزرعة ربها.

(٣) أي بقيمة ما تأكله حيث لا يمكنه منعها إلا بتسليطها على مال غيره.

(٤) أي فتركها في مزرعته؛ ليرجع على ربها مما أكلته هدر لا رجوع على ربه الدابة؛ لتفريطه بعدم صرفها، وتركها تأكل.

(٥) وهذا هو المذهب؛ لما استدل به المؤلف، وسواء مالكاً للدابة، أو مستأجراً، أو مستعيراً ونحو ذلك.

وعند الحنفية: جناية الدآبة من ثلاثة أوجه: إما أن تكون في ملك صاحب الدآبة، أو ملك غيره، أو في طريق المسلمين، فإن كانت في ملك صاحب الدآبة ولم يكن صاحبها معها فإنه لا يضمن صاحبها مطلقاً، وإن كان صاحبها معها فإن كان قائداً لها أو سائقاً لها فلا ضمان عليه، وإن كان صاحب الدآبة راكباً على الدآبة، والدآبة تسير، **فإن** وطئت بيدها أو =

[١] في / م، ف، ظ. بلفظ: (فإن).

. . . .

كرجلها لما روى عن سعد مرفوعاً «**الرجل جبار**» وفي رواية أبي هريرة: «**رجل العجماء جبار**»[(١)]، ولو كان السبب من غيرهم كنخس وتنفير

= برجلها يضمن . . . وإن كدمت أو نفحت برجلها أو بيدها أو ضربت بذنبها فلا ضمان.

وإن كانت في ملك غير صاحب الدآبة فإن دخلت في ملك الغير من غير إدخال صاحبها بأن كانت منفلتة فلا ضمان على صاحبها وإن دخلت بإدخال صاحبها فضامن مطلقاً . . . وإن كان بإذن مالكه فهو كما لو كان في ملكه، وإن كانت في طريق المسلمين - فتقدم قريباً . . .».

وعند المالكية: لا يضمن جنايتها إلا إذا كان بسبب من القائد.

وعند الشافعية: من كان معه داآة أو دوآب ضمن إتلافها بيدها أو رجلها أو غير ذلك نفساً ومالاً ليلاً ونهاراً؛ لأنها في يده، وعليها تعهده.

ولو بالت أو راثت بطريق فتلف به نفس أو مال فلا ضمان.

(الفتاوى الهندية: ٦ / ٥٠، وحاشية الدسوقي: ٤ /٣٥٧، ومغني المحتاج: ٤ / ٢٠٤، وكشاف القناع: ٤ / ١٢٥).

(١) العجماء: الدآبة، جبار: هدر.

والحديث أخرجه أبو داود: (٤ / ٧١٤-٧١٥) - الديات - باب الدآبة تنفح برجلها - (ح ٤٥٩٢)، النسائي في السنن الكبرى: (٣ / ٤١٢ - ح ٥٧٨٨)، وابن أبي عاصم في الديات (ص ٨٢)، والدارقطني: (٣ / ١٥٢، ١٧٩)، والطبراني في الصغير: (١ / ٢٦٢)، وابن عدي في الضعفاء: (٣ / ١٢٥١)، وابن حزم في المحلى: (١١ / ٢٠)، =

. . . .

. . . .

ضمن فاعله[١]، فلو ركبها اثنان فالضمان على المتصرف منهما[٢]،

= والبيهقي: (٨/٣٤٣) - من طريق - سفيان بن حسين عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة. الحديث ضعيف؛ لأن مداره على سفيان ابن حسين، وقد تفرد به، ولم يتابعه عليه أحد، وهو ضعيف في الرواية عن الزهري خاصة، قال الدارقطني في كتابه السنن: (٣/١٥٢، ١٧٩): «لم يروه غير سفيان بن حسين، وهو وهم لم يتابعه عليه أحد، وخالفه الحفاظ عن الزهري منهم مالك، ويونس، وسفيان بن عيينة، ومعمر، وابن جريج، والزبيدي، وعقيل، والليث بن سعد، وغيرهم، وكلهم رووه عن الزهري: «العجماء جبار، والبئر جبار والمعدن جبار، ولم يذكروا: الرجل، وهو الصواب» ونقل البيهقي في السنن: (٨/٣٤٣) عن الشافعي قوله: «وأما ما روي عن النبي ﷺ من الرجل جبار فهو غلط والله أعلم؛ لأن الحفاظ لم يحفظوا هكذا».

وله شاهد من حديث هزيل بن شرحبيل عند ابن أبي شيبة: (٩/٢٧٠)، وابن أبي عاصم في الديات: (ص ٨٣)، والدارقطني: (٣/١٥٣، ١٧٨، ١٧٩)، والبيهقي: (٨/٣٤٤)، ومراسيل هزيل غير مقبولة، كما أن طرقه إليه ضعيفة.

(١) اتفاقاً؛ لوجود السبب منه. (المصادر السابقة).

(٢) لقدرته على كفها.

وفي الإنصاف (١٥/٣٣٥): «الدآبة سائق وقائد والضمان عليهما على المذهب، قال الحارثي: عن بعض المالكية: الضمان على القائد وحده =

. . . .

وَبَاقِي جِنَايَتِهَا هَدَرٌ، كَقَتْلِ الصَّائِل عَلَيه

(**وباقي جنايتها هدر**) إذا لم يكن يد أحد عليها[١]؛ لقوله ـ عليه السلام ـ: «**العجماء جبار**»[٢] أي هدر[٣] إلا الضاربة والجوارح وشبهها[٤] (**كقتل الصائل عليه**)[٥] ....

= وهذا قول حسن، وإن كان معهما أو مع أحدهما راكب اشتركوا في الضمان على الصحيح من المذهب ... وفي وجه آخر: الضمان على الراكب فقط. وقيل: يضمن القائد فقط وهو احتمال في المغني ..» (المغني: ١٢ / ٥٤٥).

(١) وسوى ما استثنى، فلو انفلتت الدآبة ممن هي في يده وأفسدت فلا ضمان.

(٢) أخرجه البخاري: (٢ / ١٢٧) ـ الزكاة ـ باب في الركاز الخمس، (٣ / ٧٥) ـ المساقاة ـ باب من حفر بئراً في ملكه لم يضمن، (٨ / ٤٦، ٤٧) ـ الديات ـ باب المعدن جبار والبئر جبار، وباب العجماء جبار، مسلم: (٣ / ١٣٣٤-١٣٣٥) ـ الحدود ـ (ح ٤٥، ٤٦) من حديث أبي هريرة.

(٣) في المصباح: (١ / ٨٩)، وقال شيخ الإسلام (كما في حاشية ابن قاسم ٥ / ٤٢٢): «كل بهيمة عجماء فجنايتها غير مضمونة إذا فعلت بنفسها ولم تكن عقوراً، ولا فرط صاحبها في حفظها في الليل، أو في أسواق المسلمين ومجامعهم».

(٤) فيلزم مالكها وغيره ضمان ما أتلف.

(٥) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ ولا إثم عليه ولا ديَّة ولا كفارة؛ لأنه مأمور بذلك. =

....

....

....

= وعند الحنفية: أن المصول عليه يضمن البهيمة الصائلة عليه بالقيمة إذا كانت لغيره؛ لأنه أتلف مال غيره لإحياء نفسه كالمضطر إلى طعام غيره إذا أكله، ومثل البهيمة غير المكلف من الآدميين كالصبي والمجنون فيضمنهما إذا قتلهما بالدية؛ لأنهما لا يملكان إباحة أنفسهما ولذلك لو ارتدا لم يقتلا.

(حاشية ابن عابدين: ٥ / ٣٥١، وجواهر الإكليل: ٢ / ٢٩٧، وحاشية الدسوقي: ٤ / ٣٥٧، ونهاية المحتاج: ٨ / ٢١، وكشاف القناع: ٦ / ١٥٤).

«وقال شيخ الإسلام كما في الفتاوى الكبرى ٤ / ٥٩٥: «عليه أن يدفع الصائل عليه، فإن لم يندفع إلا بالقتل كان له ذلك باتفاق الفقهاء، فإن ادعى القاتل أنه صال عليه وأنكر أولياء المقتول، فإن كان المقتول معروفاً بالبر وقتله في محل لا ريبة فيه لم يقتل قول القاتل، وإن كان معروفاً بالفجور والقاتل معروفاً بالبر فالقول قول القاتل مع يمينه لاسيما إذا كان معروفاً بالتعرف له قبل ذلك.

ومن رأى رجلاً يفجر بأهله جاز له قتله فيما بينه وبين الله سواء كان الفاجر محصناً أو غير محصناً معروفاً بذلك أم لا كما دل عليه كلام الأصحاب وفتاوى الصحابة، وليس هذا من باب دفع الصائل كما ظنه بعضهم، بل من باب عقوبة المعتدين المؤذين، وأما إذا دخل الرجل ولم يفعل بعد فاحشة ولكن دخل لأجل ذلك فهذا فيه نزاع، والأحوط لهذا أن يتوب من القتل في هذه الصورة».

....

وَكَسْرِ مِزْمَارٍ

من آدمي أو غيره إن لم يندفع إلا بالقتل(١)، فإذا قتله لم يضمنه؛ لأنه قتله[١] [بدفع][٢] جائز لما فيه من صيانة النفس(٢). (و) كـ (كسر مزمار) أو غيره من آلات اللهو(٣).

---

(١) دفعاً عن نفسه، وعن غيره.

(٢) لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال: جاء رجل فقال: يا رسول الله، أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي؟ قال: «**فلا تعطه مالك**»، قال: أرأيت إن قاتلني؟ قال: «**قاتله**»، قال: أرأيت إن قتلني؟ قال: «**فأنت شهيد**»، قال: أرأيت إن قتلته؟ قال: «**هو في النار**» رواه مسلم، وروى سعيد بن زيد رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**من قتل دون دينه فهو شهيد، ومن قتل دون دمه فهو شهيد، ومن قتل دون ماله فهو شهيد، ومن قتل دون أهله فهو شهيد**»، رواه أهل السنن وصححه الترمذي.

(٣) كالعود، والطبل، وغيرهما.

فالمذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: يجب إتلاف آلات اللهو؛ لقوله تعالى: ﴿**وَقُلْ جَاءَ الْحَقُّ وَزَهَقَ الْبَاطِلُ إِنَّ الْبَاطِلَ كَانَ زَهُوقًا**﴾، ولما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**والذي نفسي بيده ليوشكن أن ينزل فيكم ابن مريم عدلاً فيكسر الصليب، ويقتل الخنزير، ويضع الجزية، ويفيض المال حتى لا يقبله أحد**» متفق عليه.

قال ابن حجر في الفتح (٥/ ٥٦٧): «ويستفاد منه تغيير المنكرات، وكسر آلة الباطل». =

---

[١] في / م، ف. بلفظ: (قتلهم).   [٢] ساقط من / ظ.

وَصَلِيبٍ وَآنِيَةِ ذَهَبَ وَفِضَّةٍ، وَآنِيَةِ خَمْرٍ غَيْرِ مُحْتَرَمَةٍ.

(وصليب[١] وآنية ذهب وفضة وآنية خمر غير محترمة)[٢]؛ لما روى

= وعند أبي حنيفة: لا يجوز إتلاف هذه الآلات؛ لأنها أموال تصلح لما يحل من وجوه الانتفاع.

وعند المالكية والحنابلة: لا ضمان على من أتلف شيئاً من هذه الآلات، لما فيه من تغيير المنكر.

وعند أبي حنيفة والشافعية: أن الإتلاف إذا تجاوز هيئة المنكر إلى مادتها وجب ضمان العين؛ لأن المنكر هو الهيئة المخصوصة فيزول بزوالها وما يبقى بعد ذلك قابل للتمويل.

(حاشية ابن عابدين: ٥ / ١٣٤، وحاشية الدسوقي: ٤ / ٣٣٦، وشرح المحلى على المنهاج: ٣ / ٣٣، والمغني مع الشرح الكبير: ٥ / ٤٤٥).

(١) وغير ذلك كالأوثان وآلات السحر والتنجيم، ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿فَجَعَلَهُمْ جُذَاذًا إِلاَّ كَبِيراً لَّهُمْ لَعَلَّهُمْ إِلَيْهِ يَرْجِعُونَ﴾ ولحديث ابن مسعود في تكسيره ﷺ الأصنام حول الكعبة متفق عليه، ولحديث عمرو بن عبسة وفيه قوله ﷺ: «**أرسلني الله بصلة الأرحام وكسر الأوثان، وأن يوحد الله لا يشرك به شيء**» رواه مسلم، ولما تقدم قريباً من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) فالمذهب ومذهب المالكية، وقول عند الحنفية عليه الفتوى عندهم: يجوز إتلاف آنية الخمر مطلقًا سواء قدر على إراقته أم لا؛ لما روى ابن مسعود رضي الله عنه: «**يحلف بالله أن التي أمر بها رسول الله ﷺ حين حرمت الخمر أن يكسر دنانه، وأن يكفأ ثمر التمر والزبيب**» رواه الدارقطني=

. . . .

أحمد عن ابن عمر «**أن النبي ﷺ أمره أن يأخذ مدية ثم خرج إلى أسواق المدينة، وفيها زقاق الخمر قد جلبت من الشام، فشقت بحضرته وأمر أصحابه بذلك**»[١].

= وصححه ابن القيم في الطرق الحكمية: (ص ٢١٦).
وعند الحنفية والشافعية: أن إتلاف آنية الخمر غير جائز؛ لحديث ابن عباس رضي الله عنهما في قصة الرجل الذي أهدى للنبي ﷺ «**راوية خمر... ففتح المزادة حتى ذهب ما فيها**» رواه مسلم. فلم يأمر النبي ﷺ بخرق الراوية. (المصادر السابقة).

(١) أخرجه أحمد: (٢ / ١٣٢-١٣٣) - عن الحكم بن نافع عن أبي بكر ابن أبي مريم عن ضمرة ابن حبيب عن عبدالله بن عمر، وفيه أبو بكر بن أبي مريم وهو مع أمانته ضعيف في حفظه، حيث أصابه الاختلاط لما طرقته لصوص فأخذوا متاعه.
وأخرجه أحمد: (٢ / ٧١)، والطحاوي في مشكل الآثار: (٤ / ٣٠٦)، والبيهقي: (٨ / ٢٨٧) - الأشربة - باب ما جاء في تحريم الخمر - من طريق عبدالله بن لهيعة عن أبي طعمه عن عبدالله بن عمر، وفيه أبو طعمة وثقه ابن عمار الموصلي، وضعفه مكحول، وقال الحافظ ابن حجر في التقريب: مقبول، أي عند المتابعة، وقد توبع، تابعه ثابت بن يزيد الخولاني، أما رواية ابن لهيعة هنا فغير ضارة؛ لأن الراوي عنه عبدالله بن وهب، وروايته عنه يعتدُّ بها، لأنه يستتبع أصولها. =

. . . .

. . . .

ولا يضمن كتاباً فيه أحاديث رديئة[1] ولا حليًّا محرماً على رجال إذا لم يصلح للنساء.

* * *

= وأخرجه الطحاوي في مشكل الآثار: (٤ / ٣٠٥-٣٠٦)، والحاكم: (٤ / ١٤٤-١٤٥) الأشربة، والبيهقي: (٨ / ٢٨٧) - الأشربة - من طريق ثابت بن يزيد الخولاني عن عبدالله بن عمر. وصححه الحاكم ووافقه الذهبي.

(١) قال ابن القيم في الطرق الحكمية (ص ٢١٥): «الكتب المشتملة على الكذب والبدعة يجب إتلافها وإعدامها، وهي أولى بذلك من إتلاف آلات اللهو والمعازف وإتلاف آنية الخمر فإن ضررها أعظم من هذه». لأن الصحابة حرقوا جميع المصاحف المخالفة لمصحف عثمان لما خافوا على الأمة من الاختلاف، ولأمره ﷺ بتحريق مسجد الضرار.

ويستثنى ما كان مبيناً لوجه الضلال والرد عليه، مثل كتب الموضوعات في السنة.

* * *

. . . .

بَابُ الشُّفْعَةِ

باب الشفعة(١)

(١) أي باب ذكر أحكام الشفعة.

وتطلق أيضاً لغة على: الإعانة، يقال: شفع فلان لفلان في كذا، أي طلب الإعانة له عليه، وعلى الزيادة؛ لأن الشفيع يزيد في ملكه بأخذ العين المشفوع فيها.

(القاموس: ٣/ ٤٧، ولسان العرب: ٢/ ٣٣٤، والمصباح المنير: ١/ ٣٧٥).

والشفعة ثابتة بالسنة، كما في حديث جابر رضي الله عنه الآتي قريباً.

والإجماع: قال ابن المنذر في الإجماع (ص ١٢١): «وأجمعوا على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم، فيما بيع من أرض أو دار، أو حائط».

ويرى أبو بكر الأصم عدم مشروعية الشفعة؛ لقوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ**﴾، وأجيب عن هذا الاستدلال: أن هذا ليس من أكل المال بالباطل؛ لأن المشتري يعارض عليها بما يبذله الشفيع من الثمن للمشتري.

وأيضاً: فإن السنة ثابتة بها فتخصص من اشتراط الرضا. (تكملة المجموع: ١٣/ ٣٥٧).

والشفعة جاءت على وفق القياس، قال ابن القيم في إعلام الموقعين (٢/ ١١١): «من محاسن الشريعة وعدها وقيامها بمصالح العباد، وورودها بالشفعة، ولا يليق بها غير ذلك، فإن حكمة الشارع اقتضت رفع الضرر عن المكلفين ما أمكن، فإن لم يمكن رفعه إلا بضرر أعظم منه=

وَهِي اسْتِحْقَاقُ انْتِزَاعِ حِصَّةِ شَرِيكِه مِمَّنِ انْتَقَلَتْ إِلَيْه بِعِوَضٍ مَالِيٍّ

[الشفعة] بإسكان الفاء(١) من الشفع، وهو الزوج(٢)؛ لأن الشفيع بالشفعة [يضم][١] المبيع إلى ملكه الذي كان منفرداً.

(وهي استحقاق) الشريك(٣) **(انتزاع حصة شريكه ممن انتقلت إليه بعوض مالي)**(٤)؛ كالبيع[٢] والصلح والهبة بمعناه(٥)، فيأخذ الشفيع

= أبقاه على حاله، وإن أمكن رفعه بالتزام ضرر دونه رفعه، ولما كانت الشركة منشأ الضرر في الغالب، فإن الخلطاء يكثر فيهم بغي بعضهم على بعض؛ شرع الله سبحانه رفع هذا الضرر بالقسمة تارة وانفراد كل من الشركين بنصيبه، وبالشفعة تارة، وانفراد أحد الشريكين بالجملة إذا لم يكن على الآخر ضرر في ذلك ...» ا.هـ.

(١) لا غير، وضم الشين اسم مصدر.

(٢) خلاف الفرد.

(٣) الشفعة انتزاع النصيب، وليس مجرد استحقاق.

(٤) ومن تعاريف الحنيفة كما في تبيين الحقائق (٥ / ٢٣٩): «هي تملك البقعة جبراً على المشتري، بما قام عليه».

ومن تعاريف الشافعية كما في مغني المحتاج (٢ / ٢٩٦): «حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض».

(٥) الصلح بمعنى البيع، والهبة بمعنى البيع تقدما في باب الخيار، والصلح.

---

[١] ساقط من / ف.

[٢] في / س بلفظ: (المبيع).

بِثَمَنِهِ الَّذِي اسْتَقَرَّ عَلَيْهِ العَقْدُ،

نصيب البائع (**بثمنه الذي استقرَّ عليه العقد**)[١][٢].

---

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية: أن الشفيع يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد ولاحظَّ له فيما حط البائع عن المشتري من الثمن؛ لأن الحطَّ من الثمن لا يغير من الثمن المسمى في عقد البيع كالزيادة في الثمن بعد استقرار البيع، وأما الزيادة أو النقص في مدة الخيار فتعبت في حق الشفيع.
وعند المالكية: إن كان المحطوط من الثمن ما تجري به العادة بين الناس، فيحط عنه الشفيع، وإلا لم يحط عنه، وتكون هبة من البائع للمشتري لا حق للشفيع بها.
وعند الحنفية: أنه يثبت حق الشفيع فيما حط البائع عن المشتري من الثمن؛ لكونه يلحق أصل العقد.
(حاشية ابن عابدين: ٥/١٤٦، والمدونة: ٤/٢١٢، والتاج والإكليل: ٥/٣٣١، وروضة الطالبين: ٥/٩٠، والمبدع: ٥/٢٢٤، وشرح المنتهى: ٢/٤٤٦).

(٢) في الباطن قال شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ٢٤٣): «ويجب على المشتري أن يسلم الشقص المشفوع بالثمن الذي تراضيا عليه في الباطن إذا طالبه به الشريك، وإذا حابى البائع المشتري بالثمن محاباة خارجة عن العادة يتوجه أن لا يكون المشتري أخذه إلا بالقيمة، أو أن لا شفعة، فإن المحاباة بمنزلة الهبة من بعض الوجوه، ولا شفعة في بيع الخيار ما لم ينقض نص عليه أحمد في رواية حنبل، قال القاضي: لأن أخذ الشفيع بالشفة يسقط حق البائع من الخيار، فلم يجز له المطالبة بالشفعة،=

فَإِنِ انْتَقَلَ بِغَيْرِ عِوَضٍ

لما روى أحمد والبخاري عن جابر «**أن النبي ﷺ قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم، [فإذا][١] وقعت الحدود وصرفت**(١) **الطرق فلا شفعة**»(٢).

(**فإن**[٢] **انتقل**) نصيب الشريك (**بغير عوض**) كالإرث والهبة بغير ثواب والوصية(٣)،

= وهذا التعليل من القاضي، يقتضي أن الخيار إذا كان للمشتري وحده فللشفيع الأخذ كما يجوز للمشتري أن يتصرف فيه في هذا الموضع».

(١) بضم الصاد وتشديد الراء أي بينت مصارفها.

(٢) أخرجه أحمد: (٣/٢٩٦، ٣٧٢، ٣٩٩)، والبخاري: (٣/٣٧) – البيوع – باب بيع الشريك من شريكه، وباب بيع الأرض والدور والعروض مشاعاً، (٣/٤٧) – الشفعة – باب الشفعة فيما لم يقسم، (٣/١١٢) – الشركة – باب الشركة في الأرضين وغيرهما، وباب إذا اقتسم الشركاء الدور أو غيرها فليس لهم رجوع ولا شفعة، (٨/٥٦) – الحيل – باب في الهبة والشفعة، أبو داود: (٣/٧٨٤) – البيوع – باب في الشفعة – (ح ٣٥١٤)، وابن ماجه: (٢/٨٣٥) – الشفعة – باب إذا وقعت الحدود فلا شفعه – (ح ٢٤٩٩)، الطحاوي في شرح معاني الآثار: (٤/١٢٢).

(٣) انتقال الشقص إلى المشتري الجديد له أربع حالات:

الأولى: أن يكون بطريق البيع، وهذا تثبت به الشفعة بإتفاق القائلين لمشروعية الشفعة، وكذا ما كان بمعنى البيع كالصلح على مال، والصلح عن جناية الخطأ الموجبة للمال، أو الهبة المشروط فيها ثواب معلوم، ونحو ذلك؛ لقوله ﷺ: «**لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن باع** =

---

[١] في / ف. بلفظ: (وإن).   [٢] في / ف بلفظ: (وإن)، وفي / س بلفظ: (فإذا).

. . . .

. . . .

= ولم يستأذنه فهو أحق به».

الثانية: أن يكون عن طريق الإرث، وهذا لا شفعة فيه اتفاقاً. (بداية المجتهد: ٢/١٩٥).

الثالثة: أن يكون بغير عوض كالهبة، والصدقة، والوصية، وهذا لا شفعة فيه عند جمهور أهل العلم؛ لأنه انتقل بغير عوض فأشبه الميراث.

وحكي عن الإمام مالك رواية، وبه قال ابن أبي ليلى: أن الشفعة تجب في المنتقل بهبة أو صدقة؛ لأن الشفعة شرعت لإزالة الضرر عن الشركاء، والضرر موجود بينهم في الهبة، والصدقة.

ونوقش هذا الاستدلال: أن النص إنما ورد في البيع فقط، وألحق به ما في معناه، والصدقة والهبة ليست في معنى البيع، بل أشبه بالميراث.

الحالة الرابعة: أن يكون انتقال الشقص بعوض غير مالي كما مثل المؤلف.

فالمذهب، ومذهب الحنفية: عدم ثبوت الشفعة؛ لأن النص إنما ورد في البيع، وهذه ليست بيعاً، ولا في معناه، ولأن المعتاض يملك الشقص بغير مال، فأشبه الموهوب، والميراث.

وعند المالكية والشافعية: أن كل ما ملك فيه الشقص بعوض تثبت به الشفعة؛ لأن التملك تم بعقد معاوضة، فثبت فيه الشفعة قياساً على البيع، مع لحوق الضرر في كل.

(اللباب: ٢/١١٠، والمدونة: (٤/٢٢٧، والمنتقى للباجي: ٦/٢٠٦، والمهذب: ٢/٣٧٧، والإفصاح: ٢/٣٨، والمغني: ٧/٤٤٤، والإنصاف: ٦/٢٥٣).

. . . .

أَوْ كَانَ عِوَضُهُ صَدَاقاً، أَوْ خُلْعاً، أَوْ صُلْحاً عَنْ دَمٍ عَمْدٍ فَلا شُفْعَةَ، وَيَحْرُمُ التَّحَيُّلُ لإِسْقَاطِهَا،

(**أو كان عوضه**) غير مالي بأن جعل (**صداقاً أو خلعاً**[١] **أو صلحاً عن دم عمد فلا شفعة**)؛ لأنه مملوك بغير مال أشبه الإرث، ولأن الخبر ورد في البيع، وهذه ليست في معناه.

(**ويحرم التحيل**[٢] **لإسقاطها**[٣]) قال الإمام: لا يجوز شيء من

---

(١) أي بأن جعل الشريك الشقص المبيع صداقاً أو جعله خلعاً، فلا شفعة أو عوض طلاق ونحو ذلك.

(٢) في المصباح (١/١٨٩): «والحيلة: الحذق في تدبير الأمور، وهو تقليب الفكر حتى يهتدي إلى المقصود».

وفي المفردات للراغب (ص ١٣٨): «والحيلة والحويلة ما يتوصل به إلى حالة ما في خفية، وأكثر استعمالها فيما في تعاطيه خبث».

(٣) وقد ذكر الفقهاء صوراً من الحيل التي تؤدي في ظاهرها إلى سقوط الشفعة، فمن ذلك: أن يقوم البائع والمشتري على إظهار انتقال العين عن طريق الهبة.

أو أن يهب البائع الشقص للمشتري، ثم يهبه المشتري ما يرضيه مما يقوم مقام الثمن لقصد إسقاط الشفعة، أو أن يشتري الشقص بألف ريال وهو لا يساوي ثلاثمائة ريال، أو أن يشتريه بهذا المبلغ، ثم يسقط عنه البائع ما زاد عن القيمة الحقيقية. (وانظر: إعلام الموقعين: ٣/٢٥٦).

. . . .

الحيل في إبطالها، ولا إبطال حق مسلم(١)، واستدل[١] الأصحاب بما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ قال: «**لا ترتكبوا ما ارتكبت اليهود**(٢)

---

(١) فالمذهب: تحريم الحيل لإسقاط الشفعة؛ لما استدل به المؤلف، ولأن الله تعالى ذم المخادعين في قوله تعالى: ﴿**يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَمَا يَخْدَعُونَ إِلاَّ أَنفُسَهُمْ وَمَا يَشْعُرُونَ**﴾، وقال ابن عمر رضي الله عنهما: «**من يخدع الله يخدعه**».

وعند الشافعية: وبه قال محمد بن الحسن: كراهة الحيلة لإسقاط الشفعة؛ لما في ذلك من إسقاط حق الشفعة، وسد باب دفع الضرر عن الشريك.

وفي وجه للشافعية: جواز الحيلة لإسقاط الشفعة: بحجة أنه ليس فيها إسقاط لحق وجب، وإنما لمنع الوجوب.

(حاشية ابن عابدين ٥/١٥٦، وروضة الطالبين: ٥/١١٦، والمغني ٧/٤٨٥، وإعلام الموقعين: ٣/٢٥٦).

(٢) ومن حيلهم نصبهم الشباك ونحوه يوم الجمعة، فإذا جاءت الحيتان يوم السبت وقعت فيه وقالوا: ما اصطدنا يوم السبت، فمسخهم الله قردة وخنازير قال تعالى: ﴿**فَجَعَلْنَاهَا نَكَالاً لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهَا وَمَا خَلْفَهَا وَمَوْعِظَةً لِّلْمُتَّقِينَ**﴾ أي أمة محمد ﷺ ليتعظوا بذلك فيتجنبوا مثل فعلهم، وفي حديث جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**قاتل الله اليهود، إن الله لما حرم عليهم الشحوم جملوها، ثم باعوها فأكلوا ثمنها**» متفق عليه.

. . . .

وَتَثْبُتُ لِشَرِيكٍ فِيْ أَرْضٍ تَجِبُ قِسْمَتُهَا،

فتستحلُّوا محارم الله بأدنى الحيل»(١). **(وتثبت)** الشفعة **(لشريك في أرض تجب قسمتها)**(٢)، فلا شفعة في منقول كسيف ونحوه[١](٣)؛

---

(١) أخرجه ابن بطة في كتابه إبطال الحيل. وعرض ابن كثير في تفسيره (٢/٢٥٧) إسناد ابن بطة وقال: «هذا إسناد جيد، فإن أحمد بن محمد بن مسلم هذا ذكره الخطيب في تاريخه ووثقه، وباقي رجاله مشهورون ثقات، ويصحِّحُ الترمذي بمثل هذا الإسناد كثيراً» وحسن إسناده ابن تيمية كما في مجموع فتاويه: (٢٩/١٩)، وذكره السيوطي في الدر المنثور: (٣/١٣٩) وعزاه لابن بطة فقط.

(٢) أي قسمة إجبار – وهي ما لا ضرر في قسمته، ولا رد عوض – قال شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ٢٤٣): «تثبت – أي الشفعة – في كل عقار يقبل قسمة الإجبار باتفاق الأئمة».

(٣) وجوهر وقلم وحيوان، وسيارة، وزرع وثمرة وغير ذلك.

وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم، لما استدل به المؤلف.

ولما تقدم من حديثي جابر بن عبدالله رضي الله عنهما قريباً فالنبي ﷺ قصر الشفعة على ما هو عقار.

وأجيب عن هذا الاستدلال: بأن ذكر بعض أفراد العام لا يقتضي التخصيص.

وعن الإمام أحمد، وهو قول الظاهرية: ثبوت الشفعة؛ لحديث جابر رضي الله عنه قال: **«إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة في كل ما لم يقسم»** =

رواه البخاري وهذا يشمل المنقول.

---

[١] لفظ (ونحوه) مكرر ف / م.

. . . .

لأنه لا نص فيه، ولا هو في معنى المنصوص، ولا فيما لا تجب قسمته، كحمام ودور صغيرة(١)؛ لقوله ـ عليه السلام ـ: «**لا شفعة في فناء ولا**

= ولأن الضرر الثابت في العقار وهو بعينه ثابت في المنقول.
(المبسوط: ١٤/٩٨، وبداية المجتهد: ٢/١٩٤، وروضة الطالبين: ٥/٦٩، والإنصاف: ٦/٢٥٧، وإعلام الموقعين: ٢/١١٦، والمحلى: ٩/٨٣، وسبل السلام: ٣/٩٦).

(١) وهذا هو المذهب، ورواية عن الإمام مالك، ومذهب الشافعية؛ لما استدل به المؤلف، ولقول عثمان رضي الله عنه: «**لا شفعة في بئر ولا فحل**» رواه البيهقي (٧/١٠٥).
ولأن الشفعة لو وجبت فيما لا ينقسم لتضرر الشريك، فإنه إن باعه لم يرغب به أحد لخوف انتزاعه بالشفعة، وإن طلب القسمة لم تجب إجابته لضرر القسمة. (ينظر مجموع الفتاوى: ٣٠/٣٨٢).
وعند الحنفية، والمالكية، والظاهرية، ورواية عن أحمد اختارها شيخ الإسلام: ثبوت الشفعة فيما لا ينقسم؛ لحديث جابر رضي الله عنه قال: «**قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط ...**» رواه مسلم، وهذا عام، ولعمومات الشفعة، وهذا القول أقرب.
(فتح القدير: ٧/٤٠٧، ومواهب الجليل: ٥/٣٢٠، وروضة الطالبين: ٥/٧٠، ومجموع الفتاوى: ٣٠/٢٨٢، والإنصاف: ٦/٢٥٧، والمحلى: ٩/٨٢).

. . . .

وَيَتْبَعُهَا الغِرَاسُ وَالبِنَاءُ

طريق ولا منقبة» رواه أبو عبيد في «الغريب»(١). والمنقبة: طريق ضيق بين دارين لا يمكن أن يسلكه أحد، (**ويتبعها**)[١] أي الأرض (**الغراس والبناء**) فتثبت الشفعة فيهما[٢] تبعاً للأرض إذا بيعا معها(٣)، لا إن

(١) أورده أبو عبيد في غريب الحديث: (٣/١٢١) معلقاً، واقتصرعلى ذكر متن الحديث مجرداً من الإسناد.
وعزاه ابن قدامة في المغني (٧/٤٤٢) لأبي الخطاب في رؤوس المسائل، وكتاب البيوع منه مفقود. وعلى هذا لم أقف على إسناد معين لهذا الحديث.
وأخرج بعضه عبدالرزاق في المصنف: (٨/٨٧ – ح ١٤٤٢٧) عن ابن أبي سبرة عن محمد بن عمارة عن محمد بن أبي بكر مرسلاً، ولفظه «**لا شفعه في فناء ولا طريق ولا فحل**» والإسناد مع إرساله فيه أبو بكر بن أبي سبرة العامري وقد رمي بالكذب والوضع.

(٢) باتفاق الأئمة، أن ماله أصل ثابت على الأرض كالشجر، والبناء أنها تؤخذ بالشفعة إذا دخلت تبعاً مع العقار في الصفقة. (المصادر السابقة).
وعند الحنفية، والمالكية، والظاهرية، ورواية عن أحمد اختارها شيخ الإسلام: ثبوت الشفعة فيما لا ينقسم؛ لحديث جابر رضي الله عنه قال: «**قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط ..**» رواه مسلم، وهذا عام، وهذا القول لعموميات الشفعة أقرب.
(فتح القدير: ٧/٤٠٧، ومواهب الجليل: ٥/٣٢٠، وروضة الطالبين: ٥/٧٠، ومجموع الفتاوى: ٣٠/٢٨٢، والإنصاف: ٦/٢٥٧، والمحلى: ٩/٨٢).

[١] في / ف. بلفظ: (وبيعها).   [٢] في / ف بلفظ: (تبعا).

لاَ الثَّمَرَةُ وَالزَّرْعُ فَلاَ شُفْعَةَ لِجَارٍ،

بيعا مفردين(١) (**لا الثمرة والزرع**) إذا بيعا مع الأرض، فلا يؤخذان بالشفعة؛ لأن ذلك لا يدخل في البيع فلا يدخل في الشفعة، كقماش الدار(٢)، (**فلا شفعة لجار**)(٣) لحديث [جابر][١] السابق.

---

(١) أي الغراس والبناء، فلو باع المساقي نصيبه من الشجر لغير صاحب الأرض لم تثبت لصاحب الأرض شفعة.

وعن الإمام أحمد: تجب الشفعة فيهما؛ لعموم حديث جابر السابق.

(٢) وهذا هو المذهب؛ لما علل به المؤلف.

والوجه الثاني: تؤخذ تبعاً كالبناء والغراس؛ لأنه متصل بما فيه من الشفعة فثبتت فيه الشفعة تبعاً كالبناء والغراس.

(المغني: ٧ / ٤٤٠، والشرح الكبير مع الإنصاف: ١٥ / ٣٨١).

(٣) وهذا هو المذهب، وهو قول الجمهور: عدم ثبوت الشفعة للجار؛ لحديث جابر رضي الله عنه قال: «**إنما جعل النبي ﷺ الشفعة للشريك في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق فلا شفعة**» فالحديث دل بمفهومه على نفي الشفعة فيما قسم.

ونوقش: بإخراج ما اشترك فيه الجاران بشيء من حقوق الملك، فتثبت الشفعة؛ لدلالة السنة على ذلك.

واستدلوا أيضاً: بحديث جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**الشفعة في كل شرك في أرض، أو ربع، أو حائط لا يصح أن يبيع حتى يعرض على شريكه فيأخذ أو يدع، فإن أبى فشريكه أحق به حتى يؤذنه**» رواه =

---

[١] ساقط من / س.

. . . .

. . . .

= مسلم، فدل الحديث على ثبوت الشفعة في الشيء المشترك من أرض أو ربع أو حائط.

ونوقش: بما تقدم.

وعند الحنفية: ثبوت الشفعة للجار؛ لحديث جابر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «**الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحد**» رواه أبو داود، والترمذي وحسنه، والطحاوي.

واستدلوا أيضاً: بحديث سمرة مرفوعاً: «**جار الدار أحق بالدار**» رواه أحمد وأبو داود والترمذي وصححه؛ ولحديث الشريد بن سويد مرفوعاً: «**الجار أحق بسقبه**» رواه البخاري. والسقب: ما قرب من الدار أو لاصقها. (كما في المصباح: ١ / ٣٣١).

وفي رواية عن الإمام أحمد، وبه قال شيخ الإسلام وابن القيم: أن الجار له حق الشفعة إذا كان الجاران يشتركان في حق من حقوق المبيع كالشرب، والطريق الخاص بهما ونحو ذلك؛ لما تقدم من مجموع الأدلة، وهذا أقرب الأقوال.

(اللباب: ١ / ١٠٦، ومواهب الجليل: ٥ / ٣١٢، والمهذب: ٢ / ٣٧٧، والمبدع: ٥ / ٢٠٦، ومجموع الفتاوى: ٣٠ / ٣٨٣، وإعلام الموقعين: ٢ / ١٢٤، وعمدة القارئ: ١٢ / ٧٢، وفتح الباري: ٤ / ٤٣٧، ونيل الأوطار: ٥ / ٣٠٨).

. . . .

وَهِيَ عَلَى الفَوْرِ وَقْتَ عِلْمِه، فإذَا لَمْ يَطْلُبْهَا إذاً بِلاَ عُذْرٍ بَطَلَتْ،

(وهي) أي الشفعة (**على الفور وقت علمه**(١)، **فإذا لم يطلبها**(٢) **إذاً** [أي وقت علم الشفيع بالبيع][١] (**بلا عذر بطلت**)؛ لقوله ﷺ: [«**الشفعة لمن واثبها**»[٢] وفي رواية:] «**الشفعة كحل العقال**»(٣) رواه ابن ماجه،

---

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفية والشافعية: اشتراط الفورية في طلب الشفعة؛ لما استدل به المؤلف.

وعند المالكية والظاهرية: أن طلب الشفعة على التراخي، فعند المالكية له التراخي إلى سنة، وعند الظاهرية لا حد له؛ لأن الأصل ثبوت حق الشفعة، فلا يسقط بالتأخير، كحق القصاص لا يسقط بالتأخير. (ينظر المصادر السابقة، والمحلى: ٩ / ٩٠).

والأقرب: عدم اشتراط الفورية؛ لضعف الأدلة الدالة على اشتراطها، لكن ليس للشفيع أن يؤخر بحيث يضر المشتري.

(٢) فعلى المذهب يشهد بالطلب بها حين يعلم إن لم يكن عذر.

(٣) الرواية الأولى وهي: «**الشفعة لمن واثبها**» أي بادرها. لم أقف على إسناد لها، أي على رواية الرفع، وقال الحافظ ابن حجر في تخليص الحبير (٣/ ٥٦-٥٧): «هذا الحديث ذكره القاضي أبو الطيب، وابن الصباغ، والماوردي هكذا بلا إسناد»، وقال ابن حزم في المحلى (٩ / ٩١): «وأما الشفعة لمن واثبها فما يحضرنا الآن ذكر إسنادها» قلت: وأخرجه عبدالرزاق في مصنفه (٨ / ٨٣ - ح ١٤٤٠٦) من قول شريح، وفي الإسناد رجل مجهول» وقال الزيلعي في نصب الراية (٤ / ١٧٦): «وكذلك ذكره القاسم بن ثابت السرقسطي في كتاب غريب الحديث». =

---

[١] ساقط من / س، هـ. [٢] ساقط من / هـ.

. . . .

فإن لم يعلم بالبيع فهو على شفعته ولو مضى سنون[١]، وكذا لو أخر لعذر[٢] بأن علم ليلاً فأخره إلى الصباح، أو لحاجة أكل أو شرب أو طهارة أو إغلاق باب أو خروج من حمام أو ليأتي بالصلاة وسننها[٣]،

= وأما رواية الثانية وهي: «**الشفعة كحل العقال**» فأخرجها ابن ماجه (٢ / ٨٣٥) – الشفعة – باب طلب الشفعة – (ح ٢٥٠٠)، ابن عدي في الضعفاء: (٦ / ٢١٨٥)، وابن حزم في المحلى: (٩ / ٩١)، والبيهقي: (٦ / ١٠٨) – الشفعة، والخطيب في تاريخ بغداد: (٦ / ٥٧) – من طريق محمد بن الحارث البصري عن محمد بن عبدالرحمن البيلماني عن أبيه عن ابن عمر. وإسناده ضعيف جداً، فيه رواية ضعيف عن ضعيف عن ضعيف، محمد بن الحارث وشيخه وشيخ شيخه كلهم ضعفاء. قال أبو زرعة: هذا حديث منكر. علل الحديث لابن أبي حاتم: (١ / ٤٧٩)، وقال ابن حبان: لا أصل له، وقال البيهقي: ليس بثابت. انظر تلخيص الحبير: (٣ / ٥٦)، وقال ابن حزم في المحلى: (٩ / ٩١) «مكذوب موضوع» وذكره ابن القيسراني في الأحاديث الموضوعة. (معرفة التذكرة: ص ٢٥١).

(١) يأتي قول أهل العلم في شفعة الغائب.

(٢) فهو على شفعته، إذ هو مبادر لها حكماً.

(٣) وهذا مع غيبة مشتر في جميع هذه الصور؛ لأن العادة تقديم هذه الحوائج ونحوها على غيرها فلا يكون الاشتغال بها رضى بترك الشفعة، وهذا على اشتراط الفورية.

. . . .

وَإِنْ قَالَ

وإن علم وهو غائب(١) أشهد على الطلب بها إن قدر(٢) **(وإن قال)**

---

(١) فالمذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: إثبات الشفعة للغائب للعمومات ولقوله ﷺ: «**ينتظره بها وإن كان غائباً**»، ولأنها حق مالي متى وجد سببه وجب استيفاؤه.

وذهب إبراهيم النخعي وعثمان البتي وغيرهم: إلى عدم إثبات الشفعة للغائب؛ لكونه لا يطمئن إلى استمرار تملكه للشقص، فهو لا يتصرف فيه تصرف الملاك في أملاكهم تحسباً لانتزاعه بالشفعة ففيه ضرر عليه.

وأجيب: بأن ضرر المشتري يندفع بإيجاب قيمة ما يصلحه على الشفيع.

مسألة: تثبت الشفعة عند جمهور أهل العلم للصغير، والمجنون، والحمل، ويتولى أولياؤهم الأخذ بها؛ للعمومات.

(المبسوط: ١٤/ ٩١، ومواهب الجليل: ٥/ ٣٢٢، والمهذب: ٣/ ٤٨٠، والمغني: ٧/ ٤٦١).

(٢) **الشريك الغائب لكيفية مطالبته بالشفعه حالات:**

الأولى: أن يعلم بالبيع، فيشهد على شفعته، ويقدم للمطالبة، فتثبت شفعته اتفاقاً.

الثانية: أن يقدم للمطالبة دون إشهاد فالمذهب سقوط شفعته؛ لأن ترك الإشهاد بمنزلة ترك الطلب مع حضوره.

وعند الحنفية، والشافعية: عدم سقوط الشفعة؛ لأن ظاهر الحال أن قدومه لأجل الشفعة، وهذا أقرب إذ الأصل بقاؤها.

الثالثة: أن يعلم بالبيع، ولم يتمكن من القدوم أو التوكيل، وترك الإشهاد

. . . .

. . . .

. . . .

بلا عذر، فالمذهب ومذهب الشافعية: سقوط الشفعة، إذ الإشهاد يقوم مقام المطالبة، وقد تركه بلا عذر.

وعند الحنفية: عدم سقوط الشفعة؛ إذ الأصل بقاؤها.

الرابعة: أن يشهد على شفعته ولم يقدم مع تمكنه من القدوم؛ فالمذهب ومذهب الحنفية: عدم سقوط الشفعة إذ قد يلحقه كلفة بسبب السفر، ولوجود الإشهاد.

وعند الشافعية: تسقط الشفعة لأن ترك القدوم بمنزلة ترك الطلب. (المصدر السابق).

أما إذا كان الشريك غائباً ثم علم ببيع شريكه نصيبه فله أربع حالات:

الأولى: أن يعلم بالبيع، فيشهد على شفعته، ويقدمُ لمطالبة المشتري، فهو على شفعته.

الثانية: أن يعلم بالبيع ويقدم للمطالبة دون إشهاد، فالمذهب: سقوط الشفعة؛ لتركه الأشهاد، فهو كتارك الطلب مع حضوره.

وعند الحنفية والشافعية: عدم سقوط الشفعة؛ لأن ظاهر الحال أن سيره إنما كان لأجل الشفعة.

الثالثة: أن يعلم بالبيع، ولم يتمكن من القدوم، أو التوكيل، وترك الإشهاد بغير عذر.

فالمذهب ومذهب الشافعية: سقوط الشفعة، إذ الإشهاد قائم مقام الطلب، فيعتبر له ما يعتبر للطلب من المبادرة. =

. . . .

لِلْمُشْتَرِي: بِعْنِي، أَوْ صَالِحْنِي،

الشفيع (**للمشتري: بعني**) ما اشتريت[(١)]، (**أو صالحني**)[(٢)] سقطت

= وعند الحنفية: عدم سقوط الشفعة؛ إذ الأصل بقاؤها.

الرابعة: أن يعلم الشفيع، ويشهد على شفعته، ولم يقدم مع تمكنه من القدوم.

فمذهب الشافعية: سقوط الشفعة؛ إذ تركه القدوم بمثابة ترك الطلب.

وعند الحنفية والحنابلة: عدم سقوط الشفعة؛ لأنه ربما يلحق الشفيع ضرر بسبب كلفة السفر، وانقطاعه عن حوائجه.

إلا أن الحنفية جعلوا له من الأجل مقدار مسافة الطريق يتمكن فيها من الحضور.

(بدائع الصنائع: ٥ / ٢٤، والفتاوى الهندية: ٥ / ٦٧٤، وروضة الطالبين: ٥ / ١٠٨، والمغني: ٧ / ٤٦٤، والإنصاف: ٦ / ٢٦٤).

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفية، ومذهب المالكية، وقول عند الشافعية؛ لأن هذا يدل على الرضا بالشراء، والرضا بالشراء يدل على تركه الأخذ بالشفعة.

وقول للشافعية: أن الشفعة لا تسقط بذلك؛ لأنه من باب التعريض، لا التصريح.

(بدائع الصنائع: ٥ / ١٩، والمعيار المعرب: ٨ / ٨٩، وحاشية الدسوقي: ٣ / ٤٨٤، وروضة الطالبين: ٥ / ١٠٧، والمغني: ٧ / ٤٦٤).

(٢) إذا تصالح الشفيع والمشتري على أن يترك الشفيع شفعته مقابل عوض يدفعه له، فالمذهب، ومذهب الحنفية، وأحد الوجهين عند الشافعية: عدم صحة أخذ العوض، وسقوط الشفعة؛ لأن حق الشفعة معنى قائم لا=

. . . .

أَوْ كَذبَ العَدْلَ، أَوْ طَلَبَ أَخْذَ البَعْضِ سَقَطَتْ

لفوات الفور، (**أو كذب العدل**) المخبر له بالبيع، سقطت لتراخيه عن الأخذ بلا عذر[١]، فإن كذب فاسقاً لم تسقط؛ لأنه لم يعلم الحال على وجهه[٢]، (**أو طلب**) الشفيع (**أخذ البعض**) أي بعض الحصة المبيعة (**سقطت**) شفعته[٣]؛ لأن فيه إضراراً بالمشتري بتبعيض الصفقة

= يجوز أخذ العوض عليه، ولأن طلب العوض دلالة على الرضا بالملك الحادث، وهو دليل الترك فتسقط الشفعة.

وعند المالكية، وهو قول عند الشافعية: يجوز أخذ العوض مقابل إسقاط الشفعة؛ لأن الشفعة حق من الحقوق، فجاز له بيع ذلك الحق بعد ثبوته.

(الهداية مع فتح القدير: ٧/٤٤٣، والمدونة: ٤/٢١٦، والتاج والإكليل مع مواهب الجليل: ٥/٣١٨، وروضة الطالبين: ٥/١١١، والإنصاف: ٦/٢٧٠).

(١) وهذا بناء على اشتراط الفورية، وتقدم.

(٢) ولأنه خبر لا يقبل في الشرع أشبه قول الطفل والمجنون.

(٣) وهذا هو المذهب؛ وبه قال محمد بن الحسن، وبعض الشافعية، لأنه تارك لطلب بعضها فتسقط، ويسقط باقيها؛ لأنها لا تتبعض.

وقال أبو يوسف: لا تسقط؛ لأن طلبه لبعضها طلب لجميعها لكونها لا تتبعض.

قال الحارثي: هذا ليس شرطاً لأصل استحقاق الشفعة، فإن أخذ الجميع أمر يتعلق بكيفية الأخذ، والنظر في كيفية الأخذ فرع استقراره. (الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٥/٤١٨).

. . . .

وَالشُّفْعَةُ لاثْنَيْنِ بِقَدْرِ حَقَّيْهِمَا،

عليه والضرر لا يزال بمثله[١]، ولا تسقط الشفعة إن عمل الشفيع دلالاً بينهما[٢] أو توكل لأحدهما[٣] أو أسقطها قبل البيع[٤].

(**والشفعة لـ**) شريكين (**اثنين بقدر حقيهما**)[٥]؛ لأنها حق يستفاد

---

(١) أي بالضرر، إذ الشفعة شرعت لدفع ضرر الشركة.

(٢) أي بين البائع والمشتري وهو السفير، فإذا بيع الشقص وتمَّ العقد شفع؛ لأنه يصدق أنه واثبها.

وفي الإنصاف مع الشرح الكبير (١٥/٤٠٦): «وإن دلَّ في البيع أي صار دلالاً فهو على شفعته قولاً واحداً».

(٣) أي إذا توكل الشفيع للبائع أو للمشتري لم تسقط شفعته، فيشفع إذا تم العقد، وكذا لو ضمن للبائع الثمن؛ لأن ذلك سبب ثبوت الشفعة؛ فلا تسقط به إذا شفع بعد تمام العقد.

(٤) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لأنه إسقاط حقٍّ قبل وجوبه فلم يصح.

وعن الإمام أحمد: ما يدل على سقوطها؛ لقوله ﷺ: «**فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به**» فمفهومه أنه إذا باع بإذنه فلا حق له ولقوله ﷺ: «**وإن شاء ترك**» فلابد أن يكون لتركه معنى.

ورجحه شيخ الإسلام وابن القيم. (الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٥/٤٠٨).

(٥) وهذا هو المذهب، ومذهب المالكية، والشافعية؛ لما علل به المؤلف؛ ولأن الشفعة شرعت لدفع الضرر، ويتقدر الضرر على كل شريك بقدر نصيبه.=

. . . .

فَإِنْ عَفَا أَحَدُهُمَا أَخَذَ الآخَرُ الكُلَّ أَوْ تَرَكَ،

بسبب الملك، فكانت على قدر الأملاك، فدار بين ثلاثة، نصف وثلث وسدس فباع ربُّ الثلث، فالمسألة من ستة، والثلث يقسم على أربعة، لصاحب النصف ثلاثة، ولصاحب السدس واحد، (**فإن عفا**[1] **أحدهما**) أي أحد الشفيعين (**أخذ الآخر الكل أو ترك**) الكل(١)؛ لأن في أخذ البعض إضراراً بالمشتري(٢)، ولو وهبها لشريكه أو غيره لم يصح(٣)، وإن كان أحدهما غائباً فليس للحاضر أن يأخذ

= وعند الحنفية والظاهرية: أن الشفعة توزع على مقدار الرؤوس، وليس على قدر الأنصباء؛ لأن علة الاستحقاق هي الملك وليس مقدار الملك، بدليل أن صاحب القليل إذا انفرد أخذ الكل، ولأن الشفعة تثبت بسبب المشاركة في العقار، وهم متساوون في ذلك السبب.
(المبسوط: ١٤ /٩٨، والمدونة: ٤ /٢٠٧، ومغني المحتاج: ٢ /٣٠٥، والمغني: ٧ /٥٠١، والمحلى: ٨ /٩٨).

(١) وإن باع رب النصف فالمسألة من ثلاثة لصاحب الثلث سهمان، ولصاحب السدس سهم، وإن باع رب السدس، فالمسألة من خمسة لصاحب النصف ثلاثة، ولصاحب الثلث سهمان.
(الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٥ /٤٢١).

(٢) باتفاق الأئمة، حكاه ابن المنذر إجماع من يحفظ قوله من أهل العلم.
(المصدر السابق: ١٥ /٤٢٢).

(٣) أي بتبعيض الصفقة عليه، ولا يزال الضرر بالضرر.

[١] في / م، ف بلفظ: (معفا).

وَإِنِ اشْتَرَى اثْنَانِ حَقَّ وَاحِدٍ أَوْ عَكْسُهُ،

[إلا][١] الكل أو يترك(١)، فإن أخذ الكل ثم حضر الغائب قاسمه(٢).

(**وإن اشترى اثنان حق واحد**) فللشفيع أخذ حق أحدهما؛ لأن العقد مع اثنين بمنزلة عقدين(٣)(٤)، (**أو عكسه**) بأن اشترى واحد حق اثنين صفقة(٥). . . . .

---

(١) الكل دفعاً لتبعيض الصفقة على المشتري.

(٢) إن شاء، أو عفا فبقي الشقص للأول.

(٣) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما علل به المؤلف.
ولأن من المشترين من قد ينتفع الشفيع بمشاركته، فلا يأخذ بالشفعة عليه، ويأخذ بها على من تسوء مشاركته.
وعند المالكية: أن الشفيع ملزم بأخذ الجميع أو الترك؛ لأن في أخذ البعض وترك البعض ضرراً يلحق المشترين بتفريق الصفقة عليهم.
(المبسوط: ١٤/ ١٠٤، وحاشية الدسوقي: ٣/ ٤٩٠، ونهاية المحتاج: ٥/ ٢١٣، والمبدع: ٥/ ٢١٥، والمحلى: ٩/ ٩٨).

(٣) وكذا العقد مع ثلاثة فأكثر؛ لأن كل عقد منها منفرد، وله أن يأخذ نصيبهم.

(٥) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية، والظاهرية، لما علل به المؤلف، ولأن الضرر قد يلحق الشفيع في أرض دون أخرى، فله أخذ التي يلحقه ضرر الشركة فيها دون غيرها. =

---

[١] ساقط من / س.

أَوْ اشْتَرَى وَاحِدٌ شِقْصَيْنِ مِنْ أَرْضَيْنِ صَفْقَةً وَاحِدَةً فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ أَحَدِهِمَا،

فللشفيع أخذ أحدهما[1]؛ لأن تعدد البائع كتعدد المشتري[2]، (**أو اشترى واحد شقصين**) بكسر الشين أي حصتين (**من أرضين صفقة واحدة، فللشفيع أخذ أحدهما**) لأن الضرر قد يلحقه بأرض دون أرض[3].

= وعند الحنفية والمالكية: أنه يلزم الشفيع أخذ جميع ما اشتملت عليه الصفقة أو ترك الشفعة؛ لأن في أخذ البعض وترك البعض ضرراً يلحق المشتري بتفريق الصفقة عليه. (المصادر السابقة).

(١) وله تركهما، وإن كان الشريك في أحدهما غير الشريك في الآخر، فلهما أن يأخذا ويقسما الثمن على قدر القيمتين، وإن أخذ أحدهما دون الآخر جاز، ويأخذ شقص الذي في شركته بحصته من الثمن. (كشاف القناع ٤ / ١٥٠).

(٢) أي تعدد البائع في بيع سهم كتعدد المشتري في شراء سهم واحد لا فرق؛ لأن للشفيع أخذ نصيب أحدهما.

(٣) وهذا هو المذهب، وهو مذهب الشافعية؛ لما علل به المؤلف.
ولأن كلاً من السهمين أو السهام مستحق بسبب آخر فجرى مجرى الشريكين أو الشركاء.
وعند الحنفية والمالكية: أنه يلزم الشفيع أن يأخذ الجميع، أو أن يدع الشفعة؛ لأن الإنسان قد يشتري دارين، ورغبته في إحداهما دون الأخرى، ففي أخذ الشفيع لإحداهما دون الأخرى ضرر يلحق المشتري.
(المبسوط: ١٤ / ١٥٩، والمدونة: ٤ / ٢١٤، ومواهب الجليل: ٥ / ٣٢٨، وروضة الطالبين: ٥ / ١٠٧، والمغني: ٧ / ٥٠٤، والإنصاف: ٦ / ٢٨١).

. . . .

وَإِنْ بَاعَ شِقْصاً وَسَيْفاً، أَوْ تَلِفَ بَعْضُ المَبِيعِ فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ الشِّقْصِ بِحِصَّتِه مِنَ الثَّمَنِ،

(**وإن باع شقصاً وسيفاً**) في عقد واحد، فللشفيع أخذ الشقص بحصته من الثمن؛ لأنه [تجب][١] فيه الشفعة إذا بيع منفرداً، فكذا إذا بيع مع غيره(١)، (**أو تلف بعض المبيع فللشفيع أخذ الشقص بحصته من الثمن**)(٢)؛ لأنه تعذر أخذ الكل فجاز له أخذ الباقي، كما لو أتلفه[٢] آدمي(٣)،

---

(١) إذ لا شفعة في السيف ونحوه على المذهب، وتقدم خلاف أهل العلم في حكم الشفعة في المنقول.

(٢) ظاهره: سواء تلف بعض المبيع بفعل الله تعالى أو بفعل آدمي، وسواء تلف باختيار المشتري لنقضه البناء، أو بغير اختياره، مثل أن انهدم، وإن نقصت القيمة مع بقاء صورة المبيع، فليس للشفيع إلا أن يأخذه بجميع الثمن أو يترك.

(٣) إذا تلف بعض الشقص في يد المشتري قبل الأخذ بالشفعة، فلا يخلو التلف من أمرين:

الأول: أن يكون بغير فعل آدمي كانهدام بسبب سيل، أو فوت الزرع والغراس بسبب الجفاف، أو الريح، ونحو ذلك.

فالمذهب: أن الشفيع يأخذ ما تبقى من العين بقسطه من الثمن، ويسقط ما يساوي التالف منها؛ لأن في أخذه بكامل الثمن بذل جزء منه دون أن يكون له مقابل من العين.

وعند الحنفية، والمالكية، والشافعية: أن الشفيع يأخذ ما تبقى من العين بكل الثمن أو الترك في يد المشتري؛ لأن إسقاط ما تلف من العين بآفة سماوية يلحق الضرر بالمشتري بما لا إرادة له في فعله. =

---

[١] ساقط من / ف. [٢] في / هـ بلفظ: (لو اتلف).

وَلاَ شُفْعَةَ بِشَرِكَةِ وَقْفٍ،

فلو اشترى داراً بألف تساوي ألفين فباع بابها أو هدمها فبقيت بألف أخذها الشفيع بخمسمائة[(١)]، (**ولا شفعة بشركة وقف**)[(٢)] لأنه لا يؤخذ

= الثاني: أن يكون التلف بفعل آدمي، كأن يقوم المشتري بهدم العين، ونحو ذلك.
فالمذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: أن الشفيع يأخذ ما تبقى من العين بقسطه من الثمن، لما تقدم من التعليل في الأمر الأول.
وعند المالكية: يلزم الشفيع بأخذ ما تبقى من العين بثمن الكل أو الترك.
(المبسوط: ١٤/ ١١٢، والمدونة: ٤/ ٢١٣، ومواهب الجليل: ٥/ ٣٣١، والمهذب: ١٠/ ٣٧٨، والمغني: ٧/ ٤٧٨).

(١) بالقيمة من الثمن، والمراد بقوله: اشترى داراً أي شقصاً من دار من إطلاق الكل على البعض.

(٢) صورة المسألة: أن يكون بعض العين وقفاً، والبعض الآخر ملكاً مطلقاً، فبيع الملك الطلق، فهل تثبت الشفعة للوقف؟
فالمذهب، ومذهب الشافعية: أنه لا شفعة بشركة الوقف؛ لما علل به المؤلف، ولأن مستحق الوقف غير مالك له، والشفعة لا تثبت إلا بملك، أو أنه مالك له وملكه غير تام.
وعند المالكية: ثبوت الأخذ بالشفعة في شركة الوقف؛ لأن في ذلك إزالة الضرر عن الوقف الناتج بسبب سوء المشاركة أشبه مالك الطلق.
(التاج والإكليل: ٥/ ٣١١، وروضة الطالبين: ٥/ ٧٤، والمغني: ٧/ ٤٧٥، والمبدع: ٥/ ٢١٧).

وَلاَ غَيْرِ مِلْكٍ سَابِقٍ، وَلاَ لِكَافِرٍ عَلَى مُسْلِمٍ،

بالشفعة(١)، فلا تجب به، ولأن مستحقه غير تام الملك، (**ولا**) شفعة أيضاً بـ (**غير ملك**) للرقبة (**سابق**)(٢) بأن كان شريكاً في المنفعة كالموصى له بها(٣)، أو ملك[١] الشريكان داراً صفقة واحدة، فلا شفعة لأحدهما على الآخر لعدم الضرر(٤)(٥)، (**ولا**) شفعة (**لكافر على مسلم**)(٦) لأن الإسلام يعلو ولا يعلى.

---

(١) أي لو بيع الوقف لأمر يقتضي ذلك فليس للشريك أن يشفع.

(٢) للبيع؛ لأن الشفعة إنما تثبت للشريك؛ لدفع الضرر عنه، وإذا لم يكن له ملك مشترك فلا ضرر عليه، فلا تثبت له الشفعة.

(٣) أي بالمنفعة في نحو دار فباع الورثة، فلا شفعة للموصى له بالمنفعة؛ لأنها لا تؤخذ بالشفعة، فلا تجب بها كالوقف.

(٤) في الإنصاف مع الشرح الكبير (١٥ / ٤٤٣) : « بلا نزاع » .

(٥) لاستوائهما في المبيع في زمن واحد، فلا مزية لأحدهما على الآخر.

(٦) إجماع العلماء على ثبوت الشفعة للمسلم على الذمي، وللذمي على الذمي متى تحققت أسباب الشفعة، وقد اختلف العلماء في ثبوت الشفعة للكافر على المسلم: فالمذهب: عدم ثبوت الشفعة للكافر على المسلم، لما استدل به المؤلف؛ ولما يروى عن أنس مرفوعاً: « **لا شفعة لنصراني** » أخرجه ابن الجوزي في العلل المتناهية: ٢ / ١١٠، والبيهقي: ٦ / ١٠٩، من طريق نائل بن نجيح قال أبو حاتم: « هو مجهول » وقال أيضاً: « هو باطل بهذا الإسناد »، وقال ابن عدي: « أحاديثه مظلمة » . =

---

[١] في / هـ بلفظ: (ملكه).

= (الجرح والتعديل: ٨ / ٥١٢، وميزان الاعتدال: ٤ / ٢٤٥).

واستدلوا أيضاً بحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: **«لا تبدأوا اليهود والنصارى بالسلام، وإذا لقيتموهم في طريق فاضطروهم إلى أضيقها»** رواه مسلم، فدل الحديث على أن الذمي لا يترك له صدر الطريق فلم يجعل له حقًّا مماثلاً لحق المسلمين.

(ينظر أحكام أهل الذمة، لابن القيم: ١ /٢٦٧).

ونوقش هذا الاستدلال: بأن الشفعة من حقوق الملك، لا من حقوق الملاك، وقد ثبت له الملك، فثبتت له الشفعة.

وعند جمهور أهل العلم: ثبوت الشفعة للكافر على المسلم؛ لعموم أدلة الشفعة السابقة، ولم تفرق بين المسلم وغيره من الشركاء.

وعللوا أيضاً: أن لأهل الذمة حقًّا في التملك، والشفعة بمنزلة الشراء.

ولأنه خيار جعل لدفع الضرر عن المال، فاستوى فيه الكافر والمسلم كالرد بالعيب، وهذا القول أقرب.

(المبسوط: ١٣ / ٩٩، ومواهب الجليل: ٥ / ٣١١، وروضة الطالبين: ٥ / ٧٢، والإنصاف: ٦ / ٣١٢، والمحلى: ٩ / ٩٤، وأحكام أهل الذمة لابن القيم: ١ /٢٦٧، ونيل الأوطار: ٨ / ٧٦).

* * *

فَصْلٌ

وَإِنْ تَصَرَّفَ مُشْتَرِيه بِوَقْفِه أَوْ هِبَتِه، أَوْ رَهْنِه لاَ بِوَصِيَّةٍ سَقَطَتِ الشُّفْعَةُ،

فصل(١)

(**وإن تصرف مشتريه**) أي مشتري شقص ثبتت[١] فيه الشفعة (**بوقفه أو هبته أو رهنه**) أو صدقة به(٢) (**لا بوصية، سقطت الشفعة**) لما فيه من الإضرار بالموقوف عليه والموهوب له ونحوه؛ لأن ملكه بغير عوض.

---

(١) أي في حكم تصرف المشتري في المبيع، ونمائه، وثمنه، وعهدته، وغير ذلك.

(٢) تصرفات المشتري بالعين لا تخلو من أمرين:

الأول: أن يكون التصرف تصرفاً لا يجوز فيه الأخذ بالشفعة كوقف العين، أو هبتها، أو الصدقة بها ونحو ذلك، فالمذهب: أن ذلك يسقط الشفعة؛ لما علل به المؤلف.

وعند جمهور العلماء: أن هذه التصرفات لا تسقط حق الشفعة، وللشفيع إبطال ما لا يستحق بالشفعة كالوقف، والهبة بلا عوض، والوصية والصدقة ...؛ لأن حق الشفيع ثبت ببيع الشريك، فهو أسبق من تصرف المشتري بالعين، فإن تصرفه يقع على شيء قد تعلق به حق للغير، وهذا القول أقرب.

(المبسوط: ١٤/ ١١٣، والمدونة: ٤/ ٢١٢، ومغني المحتاج: ٥/ ٢٠٨، والإنصاف: ٦/ ٢٨٥).

---

[١] في / ف، هـ بلفظ: (ثبت).

وَبِبَيْعٍ فَلَهُ أَخْذُهُ بِأَحَدِ البَيْعَيْنِ،

ولا تسقط الشفعة بمجرد الوصية [١ به قبل قبول الموصى له بعد موت الموصي لعدم لزوم الوصية(١). (و) ١] إن تصرف المشتري فيه (ببيع فله)(٢) أي الشفيع (أخذه بأحد البيعين) لأن سبب الشفعة الشراء، وقد وجد في كل منهما(٣)، ولأنه شفيع في العقدين(٤)، فإن أخذ بالأول رجع

---

(١) وتبطل بأخذ الشفيع، ويستقر الأخذ له؛ لسبق حقه على حق الموصى له، ويدفع الثمن إلى الورثة، وإن كان الموصى له قَبِل قبل أخذ الشفيع أو طلبه سقطت؛ لأن في الشفعة إضراراً بالموصى له؛ لزوال ملكه عنه بغير عوض.

(٢) **الحال الثانية**: أن يكون تصرف المشتري بالعين مما يؤخذ فيه بالشفعة كالبيع، وما في معناه، فلا يخلو من أمرين:

الأول: أن يكون قبل المطالبة بالشفعة، فتصرفه صحيح؛ لأنه حصل في ملكه، فإذا طالب الشفيع بالشفعة فإن شاء أخذ بالبيع الأول الذي استحق بموجبه الشفعة، وإن شاء أخذ بالبيع المتأخر، قال ابن قدامة في المغني (٨/ ٤٦٥): «ولا نعلم في هذا خلافاً، وبه يقول مالك، والشافعي، والعنبري، وأصحاب الرأي، وما كان في معنى البيع مما تجب به الشفعة، فهو كالبيع فيما ذكرنا».

الثاني: أن يكون التصرف بعد المطالبة بالشفعة، فإنه يكون معتدياً في حق الغير؛ لأنه تصرف فيما هو مستحق لغيره، وللشفيع نقض هذا التصرف وإبطاله. (المصادر السابقة).

(٣) أي وجد السبب في الشراء الأول، وفي الشراء الثاني فله الأخذ بأحدهما.

(٤) أي فاستويا في جواز أخذه بأيهما شاء.

[١-١] ساقط من / س.

. . . .

الثاني على بائعه بما دفع له؛ لأن العوض لم يسلم له(١)، وإن أجره فللشفيع أخذه، وتنفسخ به الإجارة(٢)، هذا كله إن كان التصرف قبل الطلب؛ لأنه ملك المشتري(٣)، وثبوت حق التملك للشفيع [١لا يمنع من تصرفه(٤)، وأما تصرفه بعد الطلب فباطل؛ لأنه ملك الشفيع]١ إذاً(٥).

---

(١) أي لم يسلم الشقص للمشتري الثاني.

(٢) وهذا هو المذهب.

والوجه الثاني: أن الإجارة لا تنفسخ، ويستحق الشفيع الأجرة من يوم أخذ؛ لأنه صار ملكه بأخذه.

والوجه الثالث: للشفيع الخيار بين فسخ الإجارة وتركها، قال ابن رجب في القاعدة (٣٦): «وهو ظاهر كلام القاضي في خلافه في مسألة إعارة العارية، قال: وهو أظهر».

قال الحارثي: ويتخرج من الوجه الذي نقول: تتوقف صحة الإجارة على إجازة البطن الثاني في الوقف إجازة الشفيع هنا إن أجاز صح وإلا بطل حقه بالأولى قال :وهذا أقوى. (الإنصاف مع الشرح الكبير: ١٥ / ٤٦٠).

(٣) فصح تصرفه، وقبضه له، ولم يبق إلا أن الشفيع ملك أن يتملكه عليه.

(٤) كما لو كان أحد العوضين في المبيع معيناً لم يمنع التصرف في الآخر، والموهوب له يجوز له التصرف في الهبة وإن كان الواهب ممن له الرجوع فيه.

(٥) لانتقاله إليه بالطلب.

[١-١] ساقط من / ش.

وَلِلْمُشْتَرِي الغَلَّةُ والنَّمَاءُ المُنْفَصِلُ وَالزَّرْعُ وَالثَّمرةُ الظَّاهِرَةُ،

(**وللمشتري الغلة**) الحاصلة قبل الأخذ(١)، (**و**) له أيضاً (**النماء المنفصل**)(٢) لأنه من ملكه والخراج بالضمان(٣)، (**و**) له أيضاً (**الزرع والثمرة الظاهرة**) أي المؤبرة(٤) لأنه ملكه، ويبقى إلى الحصاد والجذاذ؛ لأن ضرره لا يبقى ولا أجرة عليه(٥).

---

(١) أي قبل الأخذ بالشفعة كأجرة وثمرة.

(٢) كولد الدآبة الحاصل قبل الأخذ بالشفعة.

(٣) أي لأن الغلة الحاصلة قبل الأخذ، والنماء المنفصل قبله ملك للمشتري، وفي حديث عائشة رضي الله عنه: «**الخراج بالضمان**» أي مستحق به.

(٤) وفي الإنصاف مع الشرح (١٥ / ٤٦٠): «مفهوم قوله: أو ثمرة ظاهرة: أن ما لم يظهر يكون ملكاً للشفيع، وهو كذلك، قاله الأصحاب».
فائدة: لو تأبر الطلع المشمول بالبيع في يد المشتري كانت الثمرة له على الصحيح من المذهب ... وفي وجه آخر: هي للشفيع» ا.هـ.

(٥) وهذا هو المذهب؛ ومذهب الشافعية؛ لأنه زرع في ملكه أشبه ما لو قام الشفيع بشراء الأرض، وفيها زرع.
وعند المالكية: إن أخذ الشفيع بشفعته في موسم زراعة الأرض فيلزم المشتري أن يدفع الأجرة للشفيع، وإن أخذ في غير موسم زراعة الأرض فلا أجرة له.
(المدونة: ٤ / ٢٢٠، والكافي لابن عبدالبر: ٢ / ٨٦٥، والمنتقى: ٦ / ٢٠٣).
وفي الإنصاف مع الشرح الكبير (١٥ / ٤٦٠): «وهذا هو المذهب ... وقيل: تجب في الزرع الأجرة من حين أخذ الشفيع، قال ابن رجب: وهو أظهر، قلت: وهو الصواب».

. . . .

فَإِن بنَى أَوْ غَرَسَ فَلِلشَّفِيعِ تَمَلُّكُهُ بِقِيمَتِهِ

[وعلم][١] منه أن النماء المتصل[٢]، كالشجر إذا كبر والطلع إذا لم يؤبر يتبع في الأخذ بالشفعة كالرد بالعيب(١)، **(فإن بنى)** المشتري **(أو غرس)** في حال يعذر فيه الشريك بالتأخير(٢)، بأن قاسم المشتري وكيل الشفيع. أو رفع الأمر للحاكم فقاسمه(٣) أو قاسم الشفيع لإظهاره[٣] زيادة في الثمن ونحوه(٤) ثم غرس أو بنى(٥)، **([فللشفيع] تملكه بقيمته)** دفعاً للضرر، فتقوم الأرض مغروسة أو مبنية ثم تقوم خالية منهما(٦)، فما

(١) أي كما يتبع النماء المتصل في الرد بالعيب والخيار والإقالة، فيأخذ الشفيع الشقص بنمائه المتصل لتبعيته له، وعدم تميزه، وهذا هو المذهب، إذ النماء المتصل يتبع العين، والنماء المنفصل يتبع المالك، وتقدم عدم الفرق بين النماءين كما في باب الخيار.

(٢) لغيبة أو صغر، أو غير ذلك.

(٣) أي قاسم المشتري لغيبة الشفيع أو لصغره، ثم قدم الغائب، وبلغ الصغير لم تسقط الشفعة؛ لأن ترك الشفيع الطلب بها ليس لإغراضه عنها. (الإقناع مع شرحه ٤/ ١٥٧).

(٤) كإظهاره أن الشقص موقوف عليه، أو موهوب له، أو أن الشراء لغيره فترك الشفعة لذلك.

(٥) فيما ظهر له في القسمة.

(٦) أي من الغراس والبناء.

---

[١] ساقط من / س.

[٢] في / ف بلفظ: (المنفصل).

. . . .

بينهما فهو قيمة الغراس والبناء(١).

---

(١) فالمذهب، وهو مذهب المالكية، والشافعية: أن المشتري مخير بين أخذ ما بناه أو غرسه وبين إبقائه، فإن اختار أخذه فله ذلك، فإن لم يرغب في أخذه، خير الشفيع بين ثلاثة أمور:

(أ) أن يأخذ العين بثمنها، والبناء والغراس بقيمته.

(ب) أن يطلب من المشتري إزالة ما أحدثه، ويكلف الشفيع بدفع ما نقص من قيمته بعد القلع.

(جـ) أن يترك الشفيع شفعته؛ لحديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه مرفوعاً: «**لا ضرر ولا ضرار**» والضرر لا يزول عن الشفيع والمشتري على حد سواء إلا بهذه الأشياء.

ولأن المشتري بنى وغرس في ملكه، فلا يكلف قلعه، وأيضاً في إلزامه بقلع ما بناه ضرر عليه.

وعند الحنفية: أن الشفيع مخير بين أخذ ما أحدثه المشتري بالقيمة إذا كان في القلع نقصان الأرض، أو تكليف المشتري بقلع ما أحدثه في العين؛ لأن المشتري بنى وغرس في ملك تعلق به حق للغير، فينقض كالمرتهن إذا بنى في المرهون.

ونوقش: بأنه قياس مع الفارق؛ لأن غرس المشتري وبناءه تمَّ في ملكه، فهو مأذون له فيه، بخلاف بناء المرتهن وغرسه.

(فتح القدير: ٧ / ٤٣١، وشرح منح الجليل: ٣ / ٦١٣، والمهذب: ١ / ٣٨٢، والإنصاف: ٦ / ٢٩٢). =

. . . .

وَقَلْعُهُ، وَيَغْرَمُ نَقْصَهُ، وَلِرَبِّهِ أَخْذُهُ بِلاَ ضَرَرٍ،

(و) للشفيع (**قلعه ويغرم نقصه**) أي ما نقص من قيمته بالقلع لزوال الضرر به، فإن أبى فلا شفعة[١]، (**ولربه**) أي رب الغراس أو البناء (**أخذه**) ولو اختار الشفيع تملكه بقيمته[٢] (**بلا ضرر**) يلحق الأرض بأخذه[٣]، وكذا مع ضرر، كما في «المنتهى»[٤] وغيره[٥]، لأنه ملكه، والضرر لا يزال بالضرر[٦].

= فإن كان تصرف المشتري في الأرض مما لا يدوم كالزراعة، فباتفاق الفقهاء: أن المشتري لا يؤمر بإزالة الزرع من الأرض إذا طالب الشفيع بذلك إلا مع ضمان النقص، ولكن هل للشفيع حق الأجرة منذ أخذه بالشفعة إلى وقت الحصاد؟ يأتي قريباً.

(١) أي فإن أبى الشفيع عن دفع غرامة ما نقص بالقلع فلا شفعة له؛ لأنه مضار.

(٢) لأنه ملك المشتري، ولا يضمن ما نقص بقلع غراسه أو بنائه، لانتفاء عدوانه وليس عليه تسوية الحفر. (كشاف القناع ٤ /١٥٧).

(٣) أي الغراس والبناء.

(٤) ١ / ٥٣٢.

(٥) كالإقناع (الإقناع مع شرحه ٤ /١٥٧) لأنه تخليص عين ماله مما كان حين الوضع في ملكه.

(٦) أي الضرر الحاصل على الشفيع بقلعه لا يزال بالضرر الحاصل على المشتري بتملك غرسه وبنائه بغير اختياره.

وَإِنْ مَاتَ الشَّفِيعُ قَبْلَ الطَّلَبِ بَطَلَتْ، وَبَعْدَهُ لِوَارِثِهِ،

(**وإن مات الشفيع قبل الطلب بطلت**) الشفعة لأنه نوع خيار للتمليك أشبه خيار القبول[١]، (و) إن مات (**بعده**) أي بعد الطلب ثبت (**لوارثه**)[٢][٣] لأن الحق قد تقرر بالطلب، ولذلك لا تسقط بتأخير

---

(١) فإنه لو مات من يريد القبول بعد إيجاب صاحبه البيع لم يقم وارثه مقامه في القبول.

(٢) كلهم على قدر إرثهم، وليس لهم إلا أخذ الكل أو تركه، وإن ترك بعضهم توفر للباقين. (ينظر كشاف القناع ٤ /١٥٨).

(٣) وهذا هو المذهب؛ وهو قول الظاهرية: أن حق الشفعة لا يورث إذا مات الشفيع قبل المطالبة به، أما إذا طالب الشفيع بحقه قبل موته فيثبت الحق لورثته؛ لما علل به المؤلف، ولأن الشفعة حق للشفيع، فلا يثبت بدون مطالبته.

ولأن المطالبة بالشفعة إنما تكون على الفور، وفي موته قبل المطالبة بها احتمال بترك المطالبة، وما كان موضع شك فلا ينتقل إلى الورثة.

ونوقش: بعدم تسليم وجوب المطالبة بالشفعة على الفور كما تقدم.

وعند الحنفية: يسقط حق الشفعة بموت الشفيع؛ لأن السبب الذي يأخذ به الشفيع هو تملكه للعين المشفوع بها، فإذا مات زال تملكه.

ونوقش: بأن الشفعة ثابتة للشفيع قبل موته، فلا تسقط بموت مستحقها.

وعند المالكية والشافعية: أن حق الشفعة لا يسقط بموت الشفيع مطلقاً سواء طالب بها قبل موته أو لم يطالب، فيورث عنه؛ لأن الشفعة خيار=

وَيَأْخُذُ بِكُلِّ الثَّمَنِ،

الأخذ بعده[١]، (ويأخذ) الشفيع الشقص (بكل الثمن) الذي استقر عليه العقد[٢] لحديث جابر: «**فهو أحق به بالثمن**»[٣] رواه أبو إسحاق

= يثبت لدفع الضرر عن المال، فيورث عن الشفيع كالرد بالعيب.
ولأن الشفعة حق يثبت قبضه بعقد البيع، فينتقل استحقاق قبضه إلى الورثة كقبض المبيع إذا مات المشتري، وهذا أقرب الأقوال.
(اللباب: ١/١٣٣، وفتح القدير: ٧/٤٤٦، والمدونة: ٤/٢١٦، وبداية المجتهد: ٢/١٩٨، والمهذب: ٢/٣٨٣، والمبدع: ٥/٢٢٢، والمحلى: ٩/٩٦).

(١) أي بعد الطلب بالشفعة.

(٢) قدراً وجنساً ووصفاً، وتقدم الكلام عليه أول الباب عند قول المؤلف: «وهي استحقاق الشريك انتزاع حصته شريكه ... بثمنه الذي استقر عليه العقد».

(٣) أخرجه الإمام أحمد في المسند: (٣/٣١٠، ٣٨٢) - من طريق أبي الزبير عن جابر بن عبدالله مرفوعاً، ولفظه: «**أيما قوم كانت بينهم رباعة أو دار فأراد أحدهم أن يبيع نصيبه فليعرضه على شركائه فإن أخذوه فهم أحق به بالثمن**» وأبو الزبير مدلس، وقد رواه بالعنعنة، لكن صرح بالسماع في رواية ابن جريج عنه عند مسلم في صحيحه (٣/١٢٢٩) - المساقاة - (ح ١٣٥)، وأبو داود في السنن: (٣/٧٨٣-٧٨٤) - البيوع - باب في الشفعة - (ح ٣٥١٣)، والنسائي في المجتبى: (٧/٣٠١) - البيوع - باب بيع المشاع (ح ٤٦٤٦) - كما أن ابن جريج صرح بالسماع من أبي الزبير.

. . . .

فَإِنْ عَجَزَ عَنْ بَعْضِهِ سَقَطَتْ شُفْعَتُهُ،

الجوزجاني(١) في «المترجم».

(**فإن عجز عن**) الثمن أو (**بعضه سقطت شفعته**)(٢) لأن في أخذه بدون دفع كل الثمن إضراراً بالمشتري، والضرر لا يزال بالضرر(٣)، وإن أحضر[١] رهناً أو كفيلاً لم يلزم المشتري قبوله(٤)، وكذا لا يلزمه قبول عوض عن الثمن، وللمشتري حبسه على ثمنه(٥)، قاله في «الترغيب» وغيره(٦)؛ لأن الشفعة قهري[٢] والبيع عن رضى، ويمهل إن تعذر[١]

---

(١) أبو إسحاق الجوزجاني: اسمه إبراهيم بن يعقوب بن إسحاق السعدي نسبة إلى جوزجان بخراسان، توفي عام (٢٩٩هـ).

(٢) أي وإن عجز شفيع عن ثمن الشقص المشفوع بعد الإنظار كما سيأتي، أو عن بعض ثمنه سقطت شفعته بلا حكم حاكم؛ لتعذر وصول المشتري إلى الثمن.

(٣) أي ضرر الشفيع لا يزال بالضرر الحاصل على المشتري بتسليمه الشقص بدون كل الثمن أو بعضه. (ينظر الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٥ / ٤٨١).

(٤) لأن عليه ضرراً في تأخير الثمن، فلم يلزم المشتري ذلك، كما لو أراد تأخير ثمن حالٍ.

(٥) لأنها معاوضة فلم يجبر عليها. (المغني: ٧ / ٤٨٤).

(٦) كابن قدامة. (المصدر السابق).

---

[١] في / ف بلفظ: (حضر).

[٢] في / س بلفظ: (قهر).

وَالـمُؤَجَّلُ يَأْخُذُ الـمَلِيءُ بِهِ وَضِدُّهُ،

في الحال ثلاثة أيام(١).

(و) الثمن (**المؤجل يأخذ**) الشفيع (**المليء به**) لأن الشفيع يستحق الأخذ بقدر الثمن(٢) وصفته والتأجيل من صفته(٣)، (**وضده**)

---

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعي؛ لأنها آخر حد القلة.
وعن الإمام أحمد، وبه قال الإمام مالك: بقدر ما يرى الحاكم.
قال المرداوي: «وهذا هو الصواب في وقتنا هذا، فإذا مضى الأجل فسخ المشتري على الصحيح من المذهب ... قال الحارثي: هو أصح ... وقيل: إنما يفسخه الحاكم» (المغني: ٧ / ٤٨٥، والإنصاف مع الشرح الكبير: ١٥ / ٤٨٠).

(٢) فهو تابع للمشتري فيه، وفي الحلول زيادة على التأجيل، فلم يلزم الشفيع كزيادة القدر.

(٣) إذا كان الثمن حالاً فلا خلاف بين العلماء أنه يلزم الشفيع أن يأخذ بالثمن الحال، وإنما اختلف العلماء في الثمن المؤجل:
فالمذهب ومذهب المالكية: أن الشفيع يأخذ المبيع بما أخذ به المشتري على أجله إذا كان الشفيع مليئاً، أو كفله مليء، وزاد المالكية: أو أتى برهن ثقة، فإن لم يكن الشفيع موسراً ولم يضمنه مليء طولب بتعجيل الثمن، وإلا سقطت الشفعة؛ لما علل به المؤلف.
وعند الحنفية، وهو المصحَّحُ عند الشافعية: أن الشفيع يخير بين التعجيل وأخذ المبيع، أو الانتظار إلى حلول الأجل، وليس له الحقُّ في أخذ المبيع بالأجل، وعللوا: بأن قبول البائع بذمة المشتري لا يلزم معه =

---

[١] في / م بلفظ: (تذر).

بِكَفِيلٍ مَلِيءٍ، وَيُقْبَلُ فِي الـخُلْفِ مَعَ عَدَمِ البَيِّنَةِ

أي ضد المليء وهو المعسر[(١)] يأخذ إذا كان الثمن مؤجلاً (**بكفيل مليء**) دفعاً للضرر[(٢)]، وإن لم يعلم الشفيع حتى حل فهو كالحال[(٣)].

(**ويقبل في الخلف**) في قدر [الثمن][١] (**مع عدم البينة**) لواحد

= قبول المشتري بذمة الشفيع؛ لأن الذمم تتفاوت في الملء والإعسار، والمعاملة.

ولأن في إلزام الشفيع بتعجيل الثمن ضرراً عليه؛ لأن الأجل يقابله قسط بالزيادة في الثمن.

وعند الظاهرية: أن الشفيع يأخذ الشقص بأجله مطلقاً؛ لحديث جابر رضي الله عنه قال: «**قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به**» رواه مسلم، فالنبي ﷺ قدم الشفيع على المشتري، وجعله أولى بالمبيع دون تقيده بشيء.

ونوقش: بأن المراد الشفيع القادر على سداد الثمن، وفي تسليم المبيع إلى الشفيع دون ضامن مليء يضمن حق المشتري فيه ضرر على المشتري.

(المبسوط: ١٤ / ١٠٣، والتاج والإكليل: ٥ / ٣١٦، والمهذب: ١ / ٣٧٩، والمغني: ٧ / ٤٨٢، والإنصاف: ٦ / ٣٠١).

(١) وهو المفتقر الذي لا يقدر على الأداء.

(٢) أي ضرر المشتري، وإنما اعتبرت الملاءة في الشفيع، أو الضامن لحفظ حق المشتري.

(٣) أي فهو كالثمن الحال ابتداء.

---

[١] ساقط من / س.

قَوْلُ الـمُشْتَرِي، فَإِنْ قَالَ: اشْتَرَيْتُهُ بِأَلْفٍ أَخَذَ الشَّفِيعُ بِهِ، وَلَوْ أَثْبَتَ البَائِعُ أَكْثَرَ،

منهما (**قول المشتري**)(١) مع يمينه لأنه العاقد، فهو أعلم بالثمن، والشفيع ليس بغارم لأنه لا شيء عليه(٢)، وإنما يريد تملك الشقص بثمنه(٣)، بخلاف الغاصب ونحوه(٤)، (**فإن قال**) للمشتري: (**اشتريته بألف، أخذه**[١] **الشفيع به**) أي بالألف، (**ولو أثبت البائع**) أن البيع[٢] (**بأكثر**) من الألف مؤاخذة للمشتري بإقراره(٥)، فإن قال: غلطت، أو

---

(١) وهذا باتفاق الأئمة؛ لما علل به المؤلف.

(مختصر اختلاف العلماء: ٤/٢٢٧، والمعونة: ٢/١٢٨٢، والحاوي: ٩/٢٨، وروضة الطالبين: ٥/٩٦، ومعونة أولي النهي: ٥/٤٦٦).

ما لم يدع المشتري ثمناً يكذبه الحس.

(المنتقى: ٦/٢٠٥، والذخيرة: ٧/٣٣٥).

(٢) ولأن الشقص ملكه، فلا ينزع عنه بالدعوى بغير بينة.

(٣) فلا يقبل قوله بدون بينة.

(٤) كالمتلف والمعتق.

وإن كان للشفيع أو المشتري بينة؛ حكم بها، ولا حاجة إلى اليمين، وإن أقام كل منهما بينة قدمت بينة الشفيع؛ لأنها بمنزلة بينة الخارج، وقال الموفق: ويحتمل أن يقرع بينهما. (المغني ٧/٤٨٩).

(٥) في الشرح الكبير مع الإنصاف (١٥/٤٩٢): «وجملة ذلك أن للشفيع أن يأخذه بما قال المشتري؛ لأن المشتري مقرٌّ باستحقاقه بألف ويدعى أن البائع ظلمه، وبهذا قال الشافعي. =

---

[١] في / هـ، س بلفظ: (أخذ). [٢] في / هـ بلفظ: (المبيع).

وَإِنْ أَقَرَّ البَائِعُ بِالبَيْعِ وَأَنْكَرَ المُشْتَرِي وَجَبَتْ،

كذبت أو نسيت لم يقبل(١)، لأنه [رجوع][١] عن إقراره، ومن ادعى على إنسان شفعة في شقص فقال: ليس لك ملك في شركتي فعلى الشفيع إقامة البينة بالشركة(٢)، ولا يكفي مجرد وضع اليد، **(وإن أقر البائع بالبيع)** في الشقص المشفوع **(وأنكر المشتري)** شراءه **(وجبت)** الشفعة(٣)؛لأن البائع أقر بحقين:حق للشفيع وحق للمشتري، فإذا سقط

= وقال أبو حنيفة: إن حكم الحاكم بألفين أخذه الشفيع بهما؛ لأن الحاكم إذا حكم عليه بالبينة بطل قوله».

(١) وهذا هو المذهب؛ لما علل به المؤلف.
والوجه الثاني: يقبل قوله، قال القاضي: هو قياس المذهب عندي كما لو أخبر في المرابحة بثمن، ثم قال: غلطت والثمن أكثر قبل قوله مع يمينه بل ههنا أولى؛ لأنه قد قامت البينة بكذبه، وحكم الحاكم بخلاف قوله فقبل رجوعه عن الكذب» (المصدر السابق).

(٢) هذا هو المذهب، وبه قال الحنفية، والشافعي؛ لأن الملك لا يثبت بمجرد اليد وإذا لم يثبت الملك الذي يستحق به الشفعة لم تثبت، ومجرد الظاهر لا يكفي.
وقال أبو يوسف: إذا كانت في يده استحق الشفعة به؛ لأن الظاهر من اليد الملك. (المصدر السابق).

(٣) وهذا هو المذهب، وهو مذهب الحنفية، والمصحح عند الشافعية؛ لما علل به المؤلف، ولأن البائع يقر للشفيع باستحقاق المشفوع فيه، والشفيع =

---

[١] في / م، ف بلفظ: (لا رجوع).

وَعُهْدَةُ الشَّفِيعِ عَلَى الـمُشْتَرِي، وَعُهْدَةُ

حقه بإنكاره ثبت حق الآخر(١)، فيقبض[١] الشفيع من البائع ويسلم إليه الثمن(٢) ويكون ذرك الشفيع على البائع(٣)، وليس له ولا للشفيع محاكمة المشتري(٤) (**وعهدة**(٥) **الشفيع على المشتري وعهدة المشتري**

= يدعي ذلك فوجب قبوله كما لو أقر أنها ملكه.

وعند المالكية: أن الشفيع ليس له الأخذ بالشفعة؛ لأن الشفعة فرع للبيع، ولم يثبت فلا يثبت فرعه.

(بدائع الصنائع: ٥/ ٣١، والإشراف: ٢/ ٥٢، والحاوي: ٩/ ٩٠، والمغني: ٧/ ٤٥٢، والمحرر: ٢/ ٣٦٧).

(١) وهو الشفيع.

(٢) لاعترافه بالبيع، وذلك إن لم يكن البائع مقراً بقبضه من المشتري، وإلا بقي في ذمة الشفيع إلى أن يدعيه المشتري؛ لأنه لا مستحق له غيره. (الإقناع مع شرحه ٤/ ١٦٣).

(٣) لأن القبض منه، ولم يثبت الشراء في حق المشتري.

(٤) يعني لإثبات البيع في حقه؛ لعدم الحاجة إليه، ولوصول كل منهما إلى مقصوده بدون محاكمة. (الإقناع مع شرحه ٤/ ١٦٣).

(٥) العهدة مشتقة من العهد، وهو الميثاق واليمين، ويقال: لا عهدة أي: لا رجعة. (ينظر: لسان العرب: ٢/ ٩١٤).

والمراد هنا: ضمان العوض في البيع إذا تبين أن العين مستحقة للغير. (حاشية الدسوقي: ٣/ ٤٩١).

---

[١] في / م، ف بلفظ: (فقبض).

الـمُشْتَرِي عَلَى البَائِعِ.

على البـائع)[١] في غير الصورة الأخـيرة[٢]، فإذا ظـهر الشـقص مستحقًّا أو معيباً رجع الشفيع على المشتري بالثمن أو بأرش العيب[٣]، ثـم يرجع المشتري على البائع[٤]، فإن أبى المشتري قبض المبيع أجبره

---

(١) وهذا هو المذهب، وهو مذهب المالكية، والشافعية؛ لأن الشفيع كما استحق المشتري الرد بالعيب على البائع.
وعند الحنفية: أن عهدة الشفيع تكون على من بيده المبيع، فإن كان في يد البائع قبضه الشفيع منه، ونقده الثمن إن لم يكن نقده المشتري، وإن كان المبيع في يد المشتري نقده الثمن، وتكون عهدته على المشتري؛ لأن حق الشفيع في الشقص يثبت بالبيع قبل تملك المشتري له، بدليل أن الشفعة لا تسقط بإقرار البائع، وإنكار المشتري.
(المبسوط: ١٤ / ١٠٢، وحاشية ابن عابدين: ٥ / ١٤٥، ومواهب الجليل: ٥ / ٣٢٩، والكافي: ٢ / ٦٨٤، والمهذب: ١ / ٣٨٢، والمغني: ٧ / ٥٠٨، والإنصاف: ٦ / ٣١١).
(٢) وهي ما إذا أقر البائع وحده بالبيع، وأنكر المشتري الشراء، وأخذ الشفيع الشقص من البائع فالعهدة عليه.
(٣) يعني إذا ظهر الشقص معيباً، واختار الشفيع الإمساك مع الأرش إن قيل به، ورجع بأرش العيب على المشتري.
(٤) بالثمن إن بان مستحقًّا أو مبيعاً، أو بالأرش إن بان معيباً، واختار الإمساك مع الأرش سواء قبض الشقص من المشتري، أو من البائع، وإن لم يأخذ الشفيع أرشه من المشتري؛ فلا شيء للمشتري على البائع.

. . . .

. . . .

الحاكم[١].

ولا شفعة في بيع خيار قبل انقضائه[٢] ولا في أرض السواد ومصر

---

(١) أي فإن أبى المشتري قبض المبيع ليسلمه للشفيع خوف العهدة أجبره الحاكم؛ لوجوب القبض عليه ليسلمه للشفيع؛ لأنه يشتريه منه، فلا يأخذه من غيره، هذا هو المذهب.

واختار الموفق: أن يأخذه الشفيع من يد البائع، وقال أبو الخطاب: قياس المذهب: أن يأخذ الشفيع من يد البائع، ويكون كأخذه من يد المشتري، وهو قول أبي حنيفة؛ لأن العقد يلزم في بيع العقار قبل قبضه، ويدخل المبيع في ملك المشتري وضمانه، ويجوز له التصرف فيه بنفس العقد، فكان كما لو قبضه، وصححه الحارثي.

(المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف: ١٥ / ٥١٧).

(٢) إن كان الخيار للبائع، أو للبائع والمشتري فلا تثبت الشفعة بسبب وجود خيار البائع، وخيار البائع يمنع زوال ملكه عن المبيع.

قال ابن رشد في بداية المجتهد (٢ / ١٩٥): « واتفق العلماء على أن المبيع الذي بيع بالخيار أنه إذا كان الخيار فيه للبائع أن الشفعة لا تجب حتى يجب البيع ».

أما إذا كان الخيار للمشتري: فالمذهب، ومذهب المالكية: عدم ثبوت الشفعة؛ لأن القول بإثبات الشفعة زمن خيار المشتري إلزام له بعقد البيع دون رضاه، مما يوجب عليه عهدة الشفيع، وحينئذ يفوت عليه الرجوع في عين الثمن الذي دفعه، أو أن الملك لم يستقرَّ في ملك المشتري. =

. . . .

. . . .

والشام[١]، لأن عمر وقفها، إلا أن يحكم ببيعها حاكم[٢] أو يفعله الإمام أو نائبه؛ لأنه مختلف فيه[٣]، وحكم الحاكم ينفذ فيه[٤].

* * *

= وعند الحنفية والشافعية: ثبوت الشفعة في المبيع زمن خيار الشرط للمشتري؛ لأن حق الشفعة إنما يثبت بانقطاع ملك البائع عن المبيع.

(المبسوط: ١٤ / ١٤٢، والشرح الكبير للدردير وحاشيته: ٣ / ٤٧٥، والمهذب: ١ / ٣٧٨، والإنصاف: ٦ / ٣٠٨، ومطالب أولي النهى: ٤ / ١٤٢).

(١) وهذا هو المذهب؛ لعدم جواز بيعها على المذهب، وتقدم في أول كتاب البيع جواز البيع، قال الحارثي: «يخرج على القول بجواز الشراء ثبوت الشفعة؛ لأنها فرع عنه. (الإنصاف ٦ / ٣٠٨).

(٢) أي فتثبت الشفعة فيما حكم ببيعها حاكم من أوقاف عمر رضي الله عنه وغيرها.

(٣) أي بيع أرض السواد، وتقدم أول كتاب البيع.

(٤) وحكم الحاكم يرفع الخلاف، وكذا كل حكم مختلف فيه.

* * *

. . . .

بَـابُ الوَدِيعَة(١)

من ودع الشيء: إذا تركه، لأنها متروكة عند المودع(٢). والإيـداع توكيل في الحفظ تبرعاً. والاستيداع توكل[١] فيه كذلك(٣).

(١) أي: باب ذكر أحكام الوديعة.

(٢) قال ابن فارس كما في «معجم مقاييس اللغة» (٦ / ٩٦): «والواو والدال والعين أصل واحد يد على الترك والتخلية».

(٣) وفي الاصطلاح:

فعند الحنفية والمالكية: المال الذي يوكل حفظه للغير.

والإيداع: تسليط المالك غيره على حفظ ماله.

وعند الشافعية: المال أو المختص المحترم الذي يوضع عند الغير لحفظه لصاحبه.

والإيداع: توكيل بالحفظ لمملوك أو مختص.

وعند الحنابلة: اسم للمال أو المختص المدفوع إلى من يحفظه بلا عوض.

والإيداع: توكيل في حفظ مملوك أو محترم مختص تبرعاً من الحافظ.

(العناية على الهداية: ٧ / ٤٥٢، والدر المختار: ٤ / ٤٩٣، والتاج والإكليل: ٥ / ٢٥٠، وكفاية الطالب الرباني: ٢ / ٢٥٢، وروضة الطالبين: ٦ / ٣٢٤، وتحفة المحتاج: ٧ / ٩٨، والمبدع ٥ / ٢٣٣، وشرح المنتهى: ٤ / ١٨٥).

مسألة: إذا أذن المالك للمودع في التصرف كانت عارية.... كالرهن إذا أذن ربُّه في استعماله، فإن لم يستعملها فهي أمانة. (كشاف القناع ٤ / ١٦٧).

وأدلة مشروعية الوديعة: الكتاب كما في قوله تعالى: ﴿**وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ**=

[١] في / أ بلفظ (توكيل).

. . . .

ويعتبر(١) لها ما يعتبر في وكالة(٢)، ويستحب قبولها لمن علم أنه ثقة قادر على حفظها، ويكره لغيره إلا برضى ربها(٣).

= وَالتَّقْوَى﴾ وقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾.
وأما السنة: فلما ثبت في الصحيحين من حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «**من فرَّج عن مسلم كربة فرَّج الله عنه كربة بها من كرب يوم القيامة**» ومن تفريج كربة المسلم لأخيه قبول وديعته.
ولما روت عائشة رضي الله عنها في هجرة النبي ﷺ قالت: «**وأمر** – أي النبي ﷺ – **علياً رضي الله عنه أن يتخلف عنه بمكة حتى يؤدي الودائع التي كانت عنده للناس**» رواه البيهقي، والإجماع قائم على مشروعيتها.
(المصادر السابقة)

(١) أي ويشترط.

(٢) كما سبق في بابه، من البلوغ والعقل والرشد.

(٣) وهو قول جمهور أهل العلم: استحباب قبول الوديعة، لما تقدم من الأدلة.
وعند المالكية: إباحة الوديعة في حق المودَع والمودِع على السواء، لكن قد تجب على المودع إذا خاف ربها عليها من ظالم ولم يجد صاحبها من يستودعها غيره، فيجب القبول، ويحرم قبول الوديعة إذا كان المال محرماً، ويستحب قبولها إذا خشي ما يحرمها دون تحققه.
(مجمع الأنهر: ٢/٣٣٨، وكفاية الطالب الرباني: ٢/٥٢، ومواهب الجليل: ٥/٢٥١، والمهذب: ١/٣٦٥، والمبدع: ٥/٢٣٣).

. . . .

إِذَا تَلِفَتْ مِنْ بَيْنِ مَالِه وَلَمْ يَتَعَدَّ وَلَمْ يُفَرِّطْ لَمْ يَضْمَنْ،

و (**إذا تلفت**) الوديعة (**من بين**[١] **ماله ولم يتعد ولم يفرط لم يضمن**)(١).

لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «**من أودع وديعة فلا ضمان عليه**»(٢)، رواه ابن ماجه(٣)، وسواء ذهب معها

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم، وحكي إجماعاً.
قال الشيرازي كما في المهذب (١/٣٦٦): «والوديعة أمانة في يد المودَع، فإن تلفت من غير تفريط لم تضمن ....».
وقال ابن هبيرة كما في الإفصاح (٢/٢٣): «واتفقوا على أن الوديعة أمانة ... وأن الضمان لا يجب على المودَع إلا بالتعدي».
وقال ابن المنذر كما في الإشراف (١/٢٥١): «أجمع أكثر أهل العلم على أن المودَع إذا أحرز الوديعة، ثم تلفت من غير جنايته ألا ضمان عليه».

(٢) ولقوله تعالى: ﴿**مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ**﴾.
وفي «تيسير الكريم الرحمن» للسعدي (٣/٢٨١): «ويستدل بهذه الآية على قاعدة، وهي أن من أحسن على غيره في نفسه، أو ماله، ونحو ذلك، ثم ترتب على إحسانه نقص أو تلف أنه غير ضامن لأنه محسن، ولا سبيل على المحسنين».
ولقوله تعالى: ﴿**إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا**﴾ والوديعة أمانة، والضمان ينافي الأمانة، ولورود ذلك عن الصحابة أبي بكر وعمر وعلي وابن مسعود. (التلخيص: ٣/٩٨).
ولأن المودَع يحفظها لمالكها فتكون يده كيده (أسنى المطالب: ٣/٧٦).

(٣) أخرجه ابن ماجه: (٢/٨٠٢)، الصدقات، باب الوديعة (ح٢٤٠١) من طريق المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وهو=

[١] في / م، ف بلفظ (بيت).

. . . .

شيء من ماله أو لا[١].

= ضعيف، لضعف المثنى بن الصباح، وتابعه ابن لهيعة فيما ذكره البيهقي في السنن الكبري: (٦ / ٢٨٩)، وأشار إلى ضعفه.
وأخرجه الدارقطني: (٣ / ٤١)، البيوع (ح ١٦٧)، البيهقي (٦ / ٢٨٩) من طريق محمد بن عبدالرحمن بن طلحة الحجبي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بنحوه، والحجبي ضعيف، ضعفه الدارقطني وابن عدي والحافظ ابن حجر.
كما أخرجه بنحوه الدارقطني (٣ / ٤١)، البيوع (ح ١٦٨)، وفي إسناده ضعيفان: عمرو بن عبدالجبار السجناوي وعمه عبيدة بن حسان، وقال الدارقطني بعد روايته للحديث: « وإنما يروى هذا عن شريح القاضي غير مرفوع » ا.هـ. قلت: والخبر المروي عن شريح أخرجه عبدالرزاق في المصنف (٨ / ١٨٢ – ح ١٤٨٠٠)، وكيع في أخبار القضاء: (٢ / ٣٨٢).

(١) لما تقدم من الأدلة.
وعن الإمام أحمد: « أنها إذا تلفت من بين مال المودَع أنه يضمن » (العدة: ص ٢٦٦، والمبدع: ٥ / ٢٣٤، والإنصاف: ٦ / ٣١٧).
لما ورد أنَّ عمر ضمن أنس بن مالك وديعة ذهبت من بين ماله، رواه البيهقي: (٦ / ٢٨٩)، وصححه ابن حزم: (٨ / ٢٧٧)، وأجيب: بأنه محمول على أنه فرط.
فإن تعدى أو فرط ضمن، والتعدي: فعل ما لا يجوز، والتفريط: ترك ما وجب. =

. . . .

وَيَلْزَمُهُ حِفْظُهَا فِي حِرْزِ مِثْلِهَا،

(**ويلزمه**) أي المودع (**حفظها في حرز مثلها**) عرفاً(١) كما يحفظ ماله؛ لأنه تعالى أمر بأدائها ولا يمكن ذلك إلا بالحفظ(٢).

= **مسألة**: الوديعة عقد جائز من الجانبين لكل واحد منهما فسخه، لكن استثنى الشافعية ما إذا ترتب على الفسخ ضرر على الآخر.

مسألة: لا خلاف بين الفقهاء أن عقد الوديعة من عقود التبرعات، لكن اختلفوا في اشتراط المودَع العوض مقابل الحفظ: فالمذهب: عدم الجواز.

وعند الحنفية والشافعية: يجوز أخذ العوض كإنقاذ الغريق، وتعلم الفاتحة.

وعند المالكية: المودَع يستحق أجرة موضع الحفظ، ولا يستحق أجرة حفظ الوديعة.

(الفتاوى الهندية: ٤/٣٤٢، وشرح الزرقاني: ٦/١٢٥، والتاج والإكليل: ٥/٢٦٦، وتحفة المحتاج للهيثمي: ٧/١٠٠، وشرح المنتهى: ٢٢/٤٤٩).

(١) وهذا باتفاق الأئمة إلا إذا لم يعين المودع حرزاً.

قال ابن رشد في بداية المجتهد (٢/٣١٢): «وبالجملة فعند الجميع أنه يجب عليه أن يحفظها بما جرت عادة الناس أن تحفظ أموالهم».

(٢) في قوله تعالى: ﴿**إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا**﴾.

ولحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**أدِّ الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تَخُنْ مَنْ خانك**». (تقدم تخريجه ص ١٧٥).

وعليه فلا يملك المودَع حفظ الوديعة في حرز أقل من حرز مثلها، ويضمنها إذا فعل ذلك فتلفت؛ لأن الإيداع يقتضي الحفظ، فإذا أطلق حُمِلَ على المتعارف، وهو حرز المثل. =

فَإِنْ عَيَّنَهُ صَاحِبُهَا فَأَحرزَهَا بِدُونِه ضَمِنَ، وَبِمِثْله أَوْ أَحْرَزَ فَلاَ،

قال في «الرعاية»: من استودع شيئاً حفظه في حرز مثله عاجلاً مع القدرة وإلا ضمن، (**فإن عيَّنَهُ**) أي الحرز (**صاحبها فأحرزها بدونه ضمن**)[1]، سواء ردَّها إليه أو لا لمخالفته له في حفظ ماله[2]، (و) إن أحرزها (**بمثله أو أحرز**) منه (**فلا**) ضمان عليه[3]؛ لأن تقييده بهذا

= (العقود الدرية لابن عابدين: ٢/٧٥، والمقدمات الممهدات: ٢/٤٦٦، المهذب: ١/٣٦٦، والكافي لابن قدامة: ٢/٣٧٤، وكشاف القناع: ٤/١٦٨).

(١) إذا عين المودِع حرزاً وجب حفظها فيه، فإن أحرزها بما دونه ضمن باتفاق الأئمة؛ لأن من رضي حرزاً لم يرض بدونه.

(بدائع الصنائع: ٦/٢١٠، ومختصر المزني: ٨/٢٤٧، والمهذب: ١/٣٦٦، والفروع: ٤/٤٧٩، والمبدع: ٥/٢٣٤).

(٢) ولتفريطه.

لكن إن خاف عليها من التلف بسيل، أو غرق، أو حرق، أو نحو ذلك، فقد قال ابن قدامة في المغني (٩/٢٦٣): «وإن نقلها إلى دونه – أي الحرز المعين – عند الخوف عليها نظرنا، فإن أمكنه إحرازها بمثله أو أعلى منه ضمنها أيضاً لتفريطه، وإن لم يمكنه إحرازها إلا بما دونه لم يضمنها؛ لأن إحرازها بذلك أحفظ لها من تركه، وليس في وسعه سواه».

(٣) وهذا قول جمهور أهل العلم، لما علل به المؤلف، ولأن من رضي حرزاً رضي مثله، وما هو أكثر منه حفظاً.

وفي قول للحنفية، ورواية عن الإمام أحمد: «أن المودَع لا يملك حفظ الوديعة في غير حرزها المعين، ولو كان مثله أو أكثر منه حفظاً لمخالفته =

وَإِنْ قَطَعَ العَلَفَ عَنِ الدَّآبَّة بِغَيْرِ قَوْلِ صَاحِبَها ضَمِنَ،

الحرز يقتضي ما هو مثله فما فوقه من باب أولى (**وإن قطع العلف عن الدآبة**) المودعة (**بغير قول صاحبها ضمن**)[١]؛ لأن العلف من كمال الحفظ، بل هو الحفظ بعينه[٢]؛ لأن العرف يقتضي علفها وسقيها، فكأنه مأمور به عرفاً[٣]، وإن نهاه المالك عن علفها لم يضمن[٤]،

= لأمر صاحبها من غير حاجة، فلا يملكه أشبه ما لو نهاه عن ذلك.
وعند بعض الحنابلة: يملك الحفظ فيما هو أكثر حفظاً، ولا يملك الحفظ في مثل حرزها المعين.
(بدائع الصنائع: ٦ / ٢١٠، والبحر الرائق: ٧ / ٢٧٩، وشرح الزرقاني على خليل: ٦ /١١٦، ومواهب الجليل: ٥ /٢٥٦، والمهذب: ١ /٣٦٦، والمحرر: ١ /٣٦٣، والفروع: ٤ /٤٧٩، والمبدع: ٥ /٢٣٤).

(١) إن ماتت جوعاً، وكذا إن لم يسقها حتى ماتت عطشاً.

(٢) إذ الحيوان لا يبقى عادة بدون العلف ولا السقي فيلزمانه.

(٣) وإن أنفق بلا إذن ربها مع العجز رجع ولو لم يستأذن الحاكم، صوبه ابن قاضي الجبل، والمذهب: عدم الرجوع، إذا لم يستأذن الحاكم، ويلزمه الإنفاق، أو يدفعها إلى الحاكم ليستدين على صاحبها ما يحتاج، أو يبيعها عليه إن كان غائباً، فإن لم يفعل المودَع ضمن.
(ينظر: الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٦ / ٢٠، وقواعد ابن رجب قاعدة: ٧٥).

(٤) أي إن ما تت جوعاً أو عطشاً، وهذا هو المذهب؛ لما علل به.
قال في الإنصاف مع الشرح الكبير (١٦ /١٨): «قال في الحاوي الصغير: ويقوى عندي أنه يضمن».

. . . .

. . . .

لإذنه في إتلافها أشبه ما لو أمره بقتلها، لكن يأثم بترك علفها إذاً لحرمة الحيوان(١).

(١) فإنه يجب إحياؤها لحق الله تعالى، سواء نهاه مالكها عن علفها وسقيها أو لا.

مسألة: نفقة الوديعة: باتفاق الفقهاء نفقة الوديعة على مالكها، فإن أذن للمودَع بالإنفاق كان وكيلاً عنه في ذلك، ويعود بما أنفق، فإن لم ينفق ولم يأذن بالإنفاق فللمودَع مطالبته بالإنفاق عليها، أو ردها.

فإن كان غائباً: فعند الحنفية: يرفع المودَع الأمر إلى الحاكم ويفعل الحاكم الأصلح من إكرائها والإنفاق عليها من أجرتها، أو بيعها، أو إبقائها والإنفاق عليها مدة ثلاثة أيام حتى يحضر فإن لم يحضر أمره ببيعها.

وعند الشافعي: ينبغي أن يرفع الأمر إلى الحاكم حتى يأمره بالنفقة عليها، ويجعلها ديناً على المستودَع، أو يوكل الحاكم بالنفقة من يقبضها منه، وينفقه عليها لئلا يكون أمين نفسه، أو يبيعها.

وعند الحنابلة: يرفع الأمر للحاكم ليأمر بالإنفاق عليها من مال صاحبها إن كان له مال، فإن لم يكن له مال فعل ما يرى فيه الحظ للغائب من بيعها وحفظ ثمنها، أو بيع بعضها لنفقة، أو إجارتها لينفق عليها من أجرتها، أو الاستدانة على صاحبها، أو الإذن للمودَع بالإنفاق عليها من ماله، ويرجع على صاحبها.

مسألة: لو أنفق المودَع عليها بلا إذن.

فالمذهب: إن لم يقدر على استئذان الحاكم فأنفق ناوياً الرجوع رجع،

. . . .

وَإِنْ عَيَّنَ جَيْبَهُ فَتَرَكَهَا فِي كُمِّهِ أَوْ يَدِهِ ضَمِنَ،

(وإن عيَّنَ جيبه) بأن قال: احفظها في جيبك **(فتركها في كُمِّه أو يده، ضمن)** لأن الجيب أحرز[1] وربما نسي فسقط ما في كمه أو

وإن قدر على استئذان الحاكم ولم يستئذنه، ففيه روايتان، والمذهب: عدم الرجوع لتفريطه بترك استئذان الحاكم.

وعند الحنفية والشافعية: أنه لا رجوع على صاحب الوديعة بشيء؛ لأنه متطوع بما أنفق.

وعند المالكية: أنه إذا أنفق عليها يرجع على صاحبها بما أنفق ولو لم يستأذن صاحبها أو الحاكم، واختاره شيخ الإسلام وابن القيم.

فعندهما: أن من أنفق عن غيره نفقة تلزمه بغير إذنه ولم ينو التبرع، فإن له أن يرجع عليه بها، حيث إن المولى سبحانه عقد الموالاة بين المؤمنين وجعل بعضهم أولياء بعض، فمن أدىٰ وليه واجباً كان نائبه فيه.

واستظهر شيخ الإسلام وابن القيم أيضاً: أن الوديعة إذا كانت حيواناً واحتاج للنفقة أن للمودَع الحق في الاعتياض على نفقتها بمنافع حلبها وركوبها قياساً على اعتياض المرتهن عن النفقة على المرهون بالحلب والركوب المنصوص عليه.

(رد المختار: ٤ /٥٠١، والمدونة: ١٥ /١٥٧، والكافي لابن عبدالبر: ص (٤٠٤)، والأم: ٤ /٦٣، والإشراف لابن المنذر: ١ /٢٦٢، وكشاف القناع: ٤ /١٨٩، ومجموع الفتاوى: ٢٠ /٥٦٠، وإعلام الموقعين: ٢ /٢٣، ٣ /٧).

(١) أي من اليد أو الكم.

وَعَكْسُهُ بِعَكْسِهِ، وَإِنْ دَفَعَهَا إِلَى مَنْ يَحْفَظُ مَالَهُ أَوْ

يده(١)، (وعكسه بعكسه)، فإذا[١] قال: اتركها في [كمك][٢] أو يدك فتركها في جيبه لم يضمن؛ لأنه أحرز، وإن قال: اتركها في يدك فتركها في كُمِّه أو بالعكس(٢)، أو قال: اتركها في بيتك فشدَّها في ثيابه وأخرجها ضمن؛ لأن البيت أحرز(٣).

(وإن دفعها إلى من يحفظ ماله) عادة كزوجته وعبده(٤)، (أو)

---

(١) بخلاف ما في جيبه، فلزمه الضمان لتفريطه.

(٢) بأن قال: اتركها في كُمِّك، فتركها في يده لمخالفته، لأن اليد تارة تكون أحرز من الكمّ، والكمُّ تارة أحرز من اليد، فاليد يسقط منها الشيء بالنسيان، والكمُّ يتطرق إليه البسط بخلاف اليد، فكلٌّ منهما أدنى من الآخر حفظاً من وجه.

(٣) أي أخرج ثيابه من بيته ضمن.

(٤) وهذا هو المذهب، وهو مذهب الحنفية، والمالكية؛ لأن الملتزم بعقد الوديعة هو الحفظ، والإنسان لا يلتزم بحفظ مال غيره إلا بما يحفظ به مال نفسه؛ وهو يحفظ ماله بيده تارة، وبيد زوجته وأولاده تارة أخرى. (بدائع الصنائع: ٦/٢٠٧).

وعند الشافعية: ليس للمودع أن يحفظ الوديعة عند من يحفظ ماله عادة كزوجته وأولاده؛ لأن المودَع إذا سلم الوديعة إلى من لم يرض به صاحبها فكما لو سلمها لأجنبي.

---

[١] في / ظ، ف، م، ف بلفظ (فإن).

[٢] ساقط من / ف.

مَالَ رَبِّهَا لَمْ يَضْمَنْ، وَعَكْسُهُ الأَجْنبيُّ والحَاكم، وَلاَ يُطَالَبَانِ

ردها لمن يحفظ **(مال ربها لم يضمن)** لجريان العادة به، ويصدق في دعوى التلف والرد كالمودع[١]، **(وعكسه الأجنبي والحاكم)**[٢] بلا عذر[٣] فيضمن المودع بدفعها إليهما، لأنه ليس له أن يودع من غير عذر.

[ ][١](**ولا يطالبان**) أي الحاكم والأجنبي بالوديعة إذا تلف عندهما

(الهداية للمرغيناني: ٣/٢٥٧، واللباب: ٢/١٩٦، والمقدمات لابن رشد: ٥/٢٥٧، ومواهب الجليل: ٥/٢٥٧، وحلية العلماء: ٥/١٧٦، وروضة الطالبين: ٦/٣٢٧، والمبدع: ٥/٢٣٧، والإنصاف: ٦/٣٢٤، وإعلام الموقعين: ٢/٣٩٣).

(١) أي يصدق من دفعها المودَع إليه من زوجة أو عبد ممن يحفظ مال ربها في دعوى التلف والرد كما يصدق المودَع لقيامهم مقامه في الحفظ.

(٢) إيداع الوديعة عند من لا يحفظ ماله في العادة؛ له حالتان:

الأولى: أن يكون لغير عذر.

فجمهور أهل العلم: أنه لا يملك ذلك؛ لأن إيداع الوديعة عند الغير من غير عذر مخالفة لما تم التعاقد عليه؛ إذ المودِع أمر بحفظها عند المودع، ولم يرض لها غيره، والأيدي تختلف في الأمانة فلا يملكه كما لو نهاه، وكالوكيل أيضاً لا يوكل غيره.

وفي تخريج للحنابلة: أن له ذلك قياساً على أن للوكيل أن يوكل غيره.

(مجمع الأنهر: ٢/٣٦٨، والفروع ٤/٢٨٢، والمبدع: ٥/٢٣٨).

(٣) كمن حضره الموت، أو أراد السفر، وليس أحفظ لها.

. . . .

إنْ جَهِلا

بلا تفريط[١] (**إن جهلا**)(١)، جزم به في «الوجيز»؛ لأن المودع ضمن بنفس الدفع والإعراض عن الحفظ، فلا يجب على الثاني ضمان؛ لأن[٢]

---

(١) تقدَّم أن المودع لا يملك إيداع الوديعة عند من لا يحفظ ماله بلا عذر، فإن فعل وتلفت الوديعة عند الثاني، فاختلف العلماء في تضمين أيهما؟

فالمذهب: أن لصاحب الوديعة تضمين من شاء منهما إذا كان الثاني عالماً بالحال، فإن كان الثاني جاهلاً فلا يضمن.

وأما قرار الضمان، فإن كان الثاني عالماً فقرار الضمان عليه، وإلا على الأول؛ لأن المودَع قد خالف بإيداعه الأجنبي بلا عذر فضمن، كما لو نهاه عن إيداعها.

ويضمن الثاني؛ لأن المودَع الثاني قبض مال غيره على وجه لم يكن له قبضة، ولم يأذن له مالكه كالقابض من الغاصب. (الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٦ /٢٨).

وعند الشافعية: أن لصاحب الوديعة تضمين من شاء من الأول أو الثاني مطلقاً؛ لأن سبب الضمان وجد من كلٍّ منهما.

وعند الحنفية، والمالكية: أن الضمان يكون على المودَع الأول؛ لأن يد المودَع الثاني ليست يد مانعة، بل هي يد حفظ وصيانة للوديعة من أسباب الهلاك.

(بدائع الصنائع: ٦ /٢٠٨، والاختيار: ٣ /٢٧، والإشراف: ٢ /٤٢، والتفريع: ٢ /٢٧٠، والفروع: ٤ /٢٨٢، والمبدع: ٥ /٢٣٨).

[١-١] ساقط من هـ.

[٢] في / ف بلفظ (لا دفعا).

وَإِنْ حَدَثَ خَوْفٌ أَوْ

دفعاً واحداً لا يوجب ضمانين، وقال القاضي: له ذلك، فللمالك مطالبة من شاء منهما(١)، ويستقر الضمان على الثاني إن علم [وإلا][١] فعلى الأول، وجزم بمعناه في «المنتهى»(٢)(**وإن حدث خوف**)(٣) (أو)

(١) اختاره ابن قدامة، وصاحب الشرح الكبير.
(المغني: ٩/ ٢٦٠، والشرح الكبير مع الإنصاف: ١٦/ ٢٩).

(٢) المنتهى ١/ ٥٣٨.

(٣) **الحال الثانية**: أن يكون الإيداع لعذر، وفيها أمران:
الأول: أن يكون العذر خوف الحرق أو الغرق، ونحو ذلك:
فإن كان صاحب الوديعة موجوداً وأمكن ردها إليه، فلا يملك إيداعها، بل يردها إليه، فإن لم يكن صاحبها موجوداً ولا وكيله، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين: فالمذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: أن المودَع يملك الإيداع عند الحرق والغرق ونحوهما؛ لأن الإيداع في حال الحرق ونحوه تعين طريقاً للحفظ، فكان الإيداع بإذن المالك دلالة.
وعند بعض الحنابلة: أنه لا يملك الإيداع في حال العذر؛ لأن صاحب الوديعة إنما رضي بأمانة المودَع ولم يرض بأمانة غيره. (المصادر السابقة).
الثاني: أن يكون العذر هو السفر: باتفاق الأئمة الأربعة: أن المودَع لا يملك إيداع الوديعة لعذر السفر إذا كان صاحبها موجوداً أو وكيله إلا بإذنه.
(بدائع الصنائع: ٦/ ٢٠٨، والتفريع: ٢/ ٢٧٠، والمهذب: ١/ ٣٦٧، والمبدع: ٢٣٨).

[١] ساقط من /س.

سَفَرٌ رَدَّهَا عَلَى رَبِّهَا فَإِنْ غَابَ حَمَلَهَا مَعَهُ إِنْ كَانَ أَحْرَزَ،

حدث[١] للمودع (**سفر ردها على ربها**) أو وكيله فيها، لأن في ذلك تخليصاً له من دركها[٢] فإن دفعها للحاكم إذن ضمن، لأنه لا ولاية له على الحاضر (**فإن غاب**) ربها (**حملها**) المودع (**معه**) في السفر سواء كان لضرورة أو لا(١)، (**إن**(٢) **كان أحرز**)(٣) ولم ينهه عنه؛ لأن

---

(١) فإذا لم يجد صاحبها ولا وكيله، فقد اختلف العلماء في ملكيته لإيداعها:
فالمذهب: أنه يملك إيداع الوديعة عند السفر إن كان أحرز ولم ينهه المودِع؛ لما علل به المؤلف.
وعند المالكية، والشافعية: أن المودَع يملك إيداع الوديعة في هذه الحال؛ لأن النبي ﷺ خرج مهاجراً إلى المدينة، وأقام عليٌ بن أبي طالب رضي الله عنه ثلاث ليالٍ حتى أدَّى عن رسول الله ﷺ الودائع التي كانت عنده للناس، حتى إذا فرغ منها لحق برسول الله ﷺ» (رواه البيهقي: ٦/ ٢٨٩، وقال ابن حجر في التلخيص ٣/ ٩٨: «بسند قوي»)، ولأنه موضع حاجة.
وعند الحنفية: أن المودَع لا يملك إيداع الوديعة؛ لأن السفر ليس عذراً، فلا يملكه المودَع.
ونوقش بعدم التسليم، بل السفر عذر، إذ لا يخلو من المخاطر غالباً.
(المصادر السابقة)

(٢) أي سواء كان سفره لضرورة أو لم يكن لها.

(٣) لأنه نقلها إلى موضع مأمون، فلم يضمنها كما لو نقلها في البلد.

---

[١] في / س بلفظ (حفظ).

[٢] في / ف بلفظ (ربها).

وَإِلاَّ

القصد الحفظ وهو موجود هنا، وله ما أنفق بنية الرجوع، قاله القاضي(١)، (وإلا) يكن السفر أحفظ لها(٢) أو كان نهى[١] عنه(٣) دفعها إلى الحاكم(٤)؛ لأن [في][٢] السفر بها غرراً؛ لأنه عرضة[٣] للنهب وغيره، والحاكم يقوم مقام صاحبها(٥) عند غيبته.

فإن أودعها مع قدرته على الحاكم ضمنها؛ لأنه لا ولاية له، فإن

---

(١) تقدم الكلام على نفقة الوديعة عند قول المؤلف: «لكن يأثم بترك علفها إذاً؛ لحرمة الحيوان».

(٢) لم يسافر بها، ولو استويا.

(٣) في الإنصاف مع الشرح الكبير (١٦ / ٣٢): «جواز السفر بها مشروط بها إذا لم ينهه عن حملها، فإن نهاه امتنع وضمن إن خالف، اللهم إلا أن يكون السفر بها لعذر، كجلاء أهل البلد، أو هجوم عدو، أو حرق، أو غرق فلا ضمان، وهل يجب الضمان بالترك؟ ... الصحيح: أنه يضمن إذا ترك فعل الأصلح والحالة هذه».

(٤) إن قدر عليه. (الإنصاف مع الشرح الكبير: ١٦ / ٣٣).

(٥) ويلزمه القبول. (المصدر السابق).

---

[١] في / ط بلفظ (نهاه).

[٢] ساقط من / س.

[٣] في / هـ بلفظ (بعرضه النهب).

أَوْدَعَهَا ثِقَةً،

تعذر حاكم أهل (**أودعها ثقة**)[١] لفعله ﷺ لما أراد أن يهاجر، أودع الودائع التي كانت عنده لأم أيمن رضي الله عنها[٢]، ولأنه موضع

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية: أن المودَع إذا أراد السفر، فإنه يدفعها إلى الحاكم، فإن تعذر دفعها إلى ثقة؛ لما استدل به المؤلف.
وعند المالكية، وقول للحنابلة: لا يلزم الإيداع عند الحاكم، بل يصح عند ثقة؛ لأن المودَع قد أودع الوديعة لثقة مرضي، فيصح كإيداعها عند الحاكم.
(المدونة: ٦ / ١١٤، والتفريع: ٢ / ٢٧٠، والمهذب: ١ / ٣٦٧ والفروع: ٤ / ٤٨٠، والمبدع: ٥ / ٢٣٨).
وفي الإنصاف مع الشرح الكبير (١٦ / ٣٣): «لو خاف عليها أودعها حاكماً أو أميناً. ا.هـ. قلت: الصواب هنا يراعى الأصلح في دفعها إلى الحاكم أو الثقة، فإن استوى الأمران فالحاكم».

(٢) وأمر عليًّا أن يردها على أهلها.
ذكره الحافظ ابن حجر في تلخيص الحبير (٣ / ٩٧-٩٨) لكن جاء فيه ذكر «أم المؤمنين» بدل «أم أيمن» ثم قال الحافظ: «أما تسليمها إلى أم المؤمنين فلا يعرف، بل لم تكن عنده في ذلك الوقت، إن كان المراد بها عائشة، نعم كان قد تزوج سودة بنت زمعة قبل الهجرة، فإن صح فيحتمل أن تكون هي» قال الألباني في إرواء الغليل (٥ / ٣٨٤-٣٨٥): «أغلب الظن أن أصل هذه الكلمة في الرافعي أم أيمن كما وقع في الخلاصة، ثم تحرفت على بعض نساخ الرافعي إلى أم المؤمنين، =

وَمَنْ أَوْدَعَ دَآبَّةً فَرَكِبَهَا لِغَيْرِ نَفْعِهَا، أَوْ ثَوْباً فَلَبِسَهُ،

حاجة، وكذا حكم من حضره الموت[1].

(ومـن) تعدَّى في الوديعة بأن **(أودع دآبة فركبها لغير نفعها)** أي علفها وسقيها، **(أو)** أودع **(ثوباً فلبسه)**[2]

= فوقعت هذه النسخة إلى الحافظ فاستشكل ذلك، وأما على نسخة الخلاصة فلا إشكال، لأن أم أيمن كانت حاضنته عليه السلام. ا.هـ.

وأخرجه ابن جرير في تاريخه (٢ / ٢٤٩)، والبيهقي (٦ / ٢٨٩) من طريق عروة بن الزبير عن عبدالرحمن بن عويم بن ساعدة عن رجال قومه من أصحاب رسول الله ﷺ، وفيه «فأمر رسول الله ﷺ عليًّا رضي الله عنه أن يتخلف بمكة حتى يؤدي عن رسول الله ﷺ الودائع التي كانت عنده للناس»، وقال الحافظ ابن حجر في تلخيص الحبير (٣ / ٩٨): رواه ابن إسحاق بسند قوي.

(١) أي وعنده وديعة حكم من أراد سفراً في دفعها إلى حاكم أو ثقة.

(٢) باتفاق الأئمة أن المودَع ليس له أن ينتفع بالوديعة؛ لأن الأصل في مال الغير الحرمة، فلا يملك أحد الانتفاع به إلا بإذنه.

(النتف في الفتاوى: ٢ / ٥٨٧، والكافي لابن عبدالبر: ٢ / ٨٠٤، والوجيز: ١ / ٢٨٥، وغاية المنتهى: ٢ / ٢٦٣).

فإذا انتفع المودَع بالوديعة، بلا إذن صاحبها، ثم تلفت قبل ردها إلى حالها يضمن باتفاق الأئمة خلافاً لبعض الحنابلة.

فإن ردها إلى حالها بعد الانتفاع بها فتلفت فالمذهب، ومذهب الشافعية: أنه لا يبرأ من الضمان، قياساً على مستأجر الدآبة إلى مكان =

أَوْ دَرَاهِمَ فَأَخْرَجَهَا مِنْ مُحْرِزٍ، ثُمَّ رَدَّهَا أَوْ رَفَعَ الخَتْمَ وَنَحْوَهُ،

لغير خوف من عثٍّ(١) أو[١] نحوه(٢)، (أو) أودع (**دراهم فأخرجها من محرز**[٢] **ثم ردها**) إلى حرزها(٣)، (**أو رفع الختم**) عن كيسها(٤) أو

= فجاوزه، ثم عاد إليه فتلفت فإنه يبرأ.

وعند أبي حنيفة، وهو مذهب المالكية: أنه لا يضمن؛ لأن المودَع إذا أزال التعدي زال الضمان؛ لزوال سببه وهو التعدي، والأمر بالحفظ لا يزال باقياً.

(المبسوط: ١١/١١٥، والهداية: ٣/٢١٦، والشرح الكبير للدردير: ٣/٤٢١، و مختصر المزني: ٨/٢١٥، والمهذب: ١/٣٨٩، والفروع: ٧/٢٩٦، والمبدع: ٥/٢٣٩).

(١) في القاموس (١/١٧٠): «العُثة بالضم: سوسة تلحس الصوف».

(٢) كافتراش فرش لا لخوف من عث.

(٣) إذا أخرج الوديعة لينفقها، ثم ردها ولم ينفقها، فالمذهب ومذهب الشافعية: يضمن؛ لأن الإخراج على هذا القصد خيانة، وإذا ارتفع الاستئمان وثبت الضمان فلا يزول عنه إلا باستئمان ثان.

وعند أبي حنيفة ومالك: يسقط الضمان بالرد؛ لأنه وإن ضمن بالإخراج فقد عاد إلى الوفاق بردِّ الوديعة إلى موضعها فبرئ من الضمان.

(الفتاوى الهندية: ٤/٣٤٨، وبداية المجتهد: ٢/٣١١، المنذر: ١/٢٥٥، وشرح المنتهى: ٢/٤٥٤).

(٤) ضمن على المذهب.

[١] في ف / أ بلفظ (ونحوه).

[٢] في / ظ بلفظ (حرز).

أَوْ خَلَطَهَا بِغَيْرِ مُتَمَيِّزٍ فَضَاعَ الكُلُّ ضَمِنَ.

كانت مشدودة(١) فأزال الشد ضمن، أخرج منها شيئاً أولا لهتك[١] الحرز، (أو خلطها بغير متميز)(٢) كدراهم بدراهم، وزيت بزيت من ماله أو غيره(٣)، (فضاع الكل ضمن) الوديعة لتعديه(٤)، وإن ضاع

(١) وكذا لو كانت مقفولة فأزال القفل ضمن على المذهب.

(٢) فالمذهب، وبه قال أبو حنيفة، وهو مذهب المالكية: أن المودَع إذا خلط الوديعة بما لا تتميز ضمنها، ويكون المخلوط كله للمودَع؛ لأن المودَع إذا خلط الوديعة بما لا تتميز منه، فقد عجز المالك عن الانتفاع بالوديعة، فكان إتلافاً منه، فيضمنها، ولعدم رضاء المالك.
وعند أبي يوسف، ومحمد بن الحسن: أن المودَع إذا خلط الوديعة بما لا تتميز منه ضمن، إلا إذا خلطها بجنسها كالحنطة بالحنطة، فالمودَع بالخيار بين أن يضمنها المودَع، ويكون المخلوط كله له، وبين أن يشتركا فيه فيقتسماه، لأن المودَع لا يمكنه الوصول إلى عين حقه صورة، ويمكنه معنى وذلك بالقسمة، فكان استهلاكاً من وجه دون وجه، فيميل إلى أيهما شاء.
(الهداية: ٣/ ٢١٥، والاختيار: ٣/ ٢٦، وبلغة السالك: ٢/ ١٩٩، وحاشية الدسوقي: ٣/ ٤٢٠، والمهذب: ١/ ٣٦٨، وحلية العلماء: ٥/ ١٧٧، والمحرر: ١/ ٣٦٤، والفروع: ٤/ ٤٨٣).

(٣) سواء كان بنظيره، أو أجود منه، أو أدنى.

(٤) بهتك الحرز، وخلط الوديعة بما لا تتميز منه.

[١] في / ف بلفظ (ليهتك).

. . . .

البعض ولم يدر أيهما ضاع ضمن أيضاً(١)، [١وإن خلطها بمتميز كدراهم بدنانير لم يضمن١](٢)، وإن أخذ درهماً من غير محرزه(٣) ثم رده فضاع الكل ضمنه وحده(٤)، وإن ردَّ بدله غير متميز[٢] ضمن

---

(١) لأن الأصل عدم براءته.

(٢) إذا خلط الوديعة بما تتميز، فالمذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: أن المودَع إذا خلط الوديعة بما يتميز منه لم يضمن؛ لأن الوديعة تتميز في هذه الحال، فلا يعجز المودَع عن ردها فلا ضمان عليه أشبه ما لو تركها مع أكياس له في صندوق.

وعند الشافعية: أن المودَع إذا خلط الوديعة بما تتميز منه لم يضمن، إلا إذا حصل بالوديعة نقص بسببه فيضمن النقص، لتعديه.

وعن الإمام أحمد: أن المودَع إذا خلط الوديعة بما تتميز منه ضمن مطلقاً؛ كما لو خلطها بما لا يتميز.

(النتف في الفتاوى: ٢ / ٥٧٩، ومجمع الأنهر: ٢ / ٣٤١، وحاشية الدسوقي: ٣ / ٤٢٠، وحلية العلماء: ٥ / ١٧٧، وفتح الوهاب: ٢ / ٢٢، والمبدع: ٥ / ٢٤٠، والإنصاف: ٦ / ٣٣٢).

(٣) أي من وديعة غير مختومة، ولا مشدودة، ونحو ذلك.

(٤) لأن الضمان تعلق بالأخذ، فلم يضمن غير ما أخذ.

[١-١] ساقط من / م، ف.

[٢] في / ف، م بلفظ (مسمى).

. . . .

الجميع[١]، ومن أودعه صبي وديعة لم يبرأ إلا بردها لوليه[٢]، ومن دفع لصبي ونحوه[٣] وديعة لم يضمنها مطلقاً[٤] ولعبد ضمنها بإتلافها في رقبته[٥].

---

(١) لخلطه الوديعة بما لا تتميز، وتقدم خلاف أهل العلم فيه.

(٢) المذهب، وهو مذهب الحنفية: يصح إيداع الصبي إذا كان مأذوناً له في ذلك؛ لأنه كالبالغ بالنسبة إلى ذلك.

وعند المالكية والشافعية: لا يصح إيداع الصبي مطلقاً؛ لاشتراط البلوغ في المودِع.

وأما الصبي غير المميز، أو المميز غير المأذون له، أو المجنون فلا يصح إيداعه باتفاق الأئمة.

(بدائع الصنائع: ٦ /٢٠٧، وكفاية الطالب الرباني: ٢ /٢٥٣، وتحفة المحتاج: ٧ /١٠٣، وكشاف القناع: ٤ /١٩٧).

(٣) كمجنون وسفيه.

(٤) باتفاق الأئمة: أنه يشترط في المودَع أن يكون جائز التصرف وعند المالكية والشافعية، والحنابلة: أن جائز التصرف هو البالغ العاقل الرشيد.

وعند الحنفية: العاقل المميز. (المصادر السابقة).

(٥) أي وإن دفع وديعة لعبد مكلف ضمن الوديعة بإتلافها في رقبته؛ لأن إتلافه من جنايته.

فرع: وإذا مات إنسان وثبت أن عنده وديعة، ولم توجد بعينها؛ فهي دين عليه تؤخذ من تركته كبقية الديون. (الإقناع مع شرحه ٤ /١٧٨).

. . . .

فَصْلٌ

وَيُقْبَلُ قَوْلُ الْمُودَعِ فِي رَدِّهَا إِلَى رَبِّهَا أَوْ غَيْرِهِ بِإِذْنِهِ وَتَلَفِهَا وَعَدَمِ التَّفْرِيطِ ،

فصل(١)

(**ويقبل قول المودع في ردها إلى ربها**)(٢)، أو من يحفظ ماله(٣) (**أو غيره بإذنه**) بأن قال: دفعتها لفلان بإذنك، فأنكر مالكها الإذن أو الدفع قبل قول المودَع(٤) كما لو ادعى[١] ردها على مالكها.

(**و**) يقبل قوله أيضاً في (**تلفها وعدم التفريط**) بيمينه؛لأنه أمين(٥)،

---

(١) أي في حكم المودَع في رد الوديعة إلى ربها أو غيره، أو تلفها، أو غير ذلك.

(٢) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم خلافاً للمالكية، ويأتي قريباً.

(٣) عادة كعبده وزوجته، وخازنه؛ لأن أيديهم كيده، وتقدم حكم دفعها إليهم لا إلى ورثة وحاكم.

(٤) وهذا هو المذهب؛ لأن المودَع يدعي دفعاً يبرأ به من الوديعة، فكان القول قوله، كما لو ادعى ردها على مالكها.
وعند الحنفية، والمالكية والشافعية: أن القول قول المالك مع يمينه؛ لأن المودَع يدعي ما يسقط الضمان عنه وهو الإذن، والأصل عدمه، فلا يصدق إلا ببينة، كما لو أخذ مال إنسان، وادَّعى أنه أخذه بإذنه.
(الاختيار لتعليل المختار: ٢ / ٢٨، وشرح الخرشي: ٦ / ١١٥، والحاوي: ١٠ / ٤٠٧، والفروع: ٤ / ٤٨٤، ومعونة أولي النهى: ٥ / ٥٠٨).

(٥) في المغني (٩ / ١٧٣): «قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المودَع إذا أحرز الوديعة، ثم ذكر أنها ضاعت أن القول قوله، وقال أكثرهم مع يمينه ...». =

---

[١] في / هـ بلفظ (الدعي).

. . . .

لكن إن ادعى[١] التلف بظاهر، كُلِّفَ به ببينة، ثم قبل قوله(١) [في[٢] التلف]، وإن أخَّر ردها بعد طلبها بلا عذر ضمن(٢)، ويمهل لأكل ونوم وهضم طعام بقدره(٣)، وإن أمره بالدفع إلى وكيله فتمكن وأبى ضمن(٤)،

= لأن الله تعالى سماها أمانة، فقال: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ ولأن الأصل براءة ذمته.

(١) أي وإن ادعى التلف للوديعة بسبب ظاهر كحريق، ونهب جيش ونحوه كلف به ببينة تشهد بوجود السبب؛ لأنه لا تتعذر إقامة البينة عليه، وتكفي الاستفاضة، ثم قبل قوله بيمينه، لأنه أمين، والأصل براءة ذمة قال ابن القيم (في إعلام الموقعين ٤ /٨): «المودع والمستأجر إذا ادعيا الهلاك في الحريق، أو الهدم، أو في نهب العيارين ونحوهم لم يقبل إلا إذا تحقق وجود هذه الأسباب».

وقال أيضاً: «إذا لم يكذبه شاهد الحال، وهكذا سائر من قلنا يقبل قوله فإن الأصل قبول قول الأمناء إلا حيث يكذبهم الظاهر».

(٢) لأنه فعل محرماً بإمساكه ملك غيره بلا إذنه أشبه الغاصب.

وفي الإفصاح (٢ /٢٣): «واتفقوا على أنه متى طلبها صاحبها وجب على المودَع ألا يمنعها مع الإمكان، فإن لم يفعل فهو ضامن».

(٣) وكطهارة، وصلاة فلا يضمنها إن تلف زمن عذره؛ لعدم عدوانه، ويجوز التأخير عادة بشرط سلامة العاقبة.

(٤) لعدوانه.

[١] في / هـ بلفظ (الدعي).

[٢] ساقط من / ظ.

فَإِنْ قَالَ: لَمْ تُودِعْنِي ثُمَّ ثَبَتَتْ بِبَيِّنَةٍ أَوْ إِقْرَارٍ ثُمَّ ادَّعَى رَدًّا أَوْ تَلَفاً سَابِقَيْنِ لِجُحُودِهِ لَمْ يُقْبَلاَ وَلَوْ بِبَيِّنَةٍ،

ولو لم يطلبها وكيله(١)، (**فإن قال: لم تودعني، ثم**[١] **ثبتت**)[٢] الوديعة (**ببينة أو إقرار، ثم ادعى**[٣] **ردًّا أو تلفاً سابقين لجحوده لم يقبلا**[٤](٢) **ولو ببينة**)(٣) لأنه مكذب للبينة، وإن شهدت بأحدهما

(١) لأنه أمسك مال غيره بغير إذنه.

وفي الاختيارات (ص ١٦٨): «لو قال المودَع أودعنيها الميت، وقال هي لفلان، وقال ورثته: بل هي له، ولم تقم بينة على أنها كانت للميت ولا على الإيداع، قال أبو العباس: أفتيت أن القول قول المودع مع يمينه؛ لأنه قد ثبت له اليد».

(٢) أي الرد أو التلف؛ لأنه صار ضامناً بجحوده معترفاً على نفسه بالكذب المنافي للأمانة.

في الإفصاح (٢/٢٣): «اتفقوا على أنه إذا طالبه، فقال: ما أودعتني، ثم بعد ذلك ادعى أنها ضاعت أنه ضامن؛ لأنه خرج من حد الأمانة بذلك».

(٣) وهذا هو المذهب، لما علل به المؤلف.

وفي الإنصاف مع الشرح الكبير (١٥/٥٥): «ويحتمل أن تقبل ببينة قال الحارثي: وهو المنصوص من رواية أبي طالب، وهو الحق، وقال: هذا المذهب عندي».

[١] في / س بزيادة لفظ (تلفت).
[٢] في / م، ف بلفظ (ثبت).
[٣] في / هـ بلفظ (الدعي).
[٤] في / م، ف بلفظ (يقبل).

بَلْ فِي قَوْلِه مَالَكَ عِنْدِي شَيْءٌ وَنَحْوُهُ، أَوْ

ولم تعيَّنْ[١] وقتاً لم تسمع(١)، (بل) يقبل قوله بيمينه في الرد والتلف (في) ما إذا أجاب بـ (قوله: ما لك عندي شيء ونحوه)(٢)، كما لو أجاب بقوله: لا حق لك قبلي أو لا تستحق علي شيئاً(٣)(٤)، (أو)

(١) أي وإن شهدت البينة بالرد أو التلف بعد جحود الإيداع، ولم تعين البينة الردَّ أو التلف قبل الجحود أو بعده، واحتمل الأمرين لم تسمع البينة؛ لأن وجوب الضمان متحقِّق، فلا ينتفي بأمر متردِّدٍ فيه. (ينظر كشاف القناع ٤ / ١٨١).

(٢) ثم ثبت ببينة أو إقرار؛ لأن دعواه الردَّ أو التلف لا ينافي جوابه في قوله: مالك عندي شيء؛ لجواز أن يكون أودعه، ثم تلفت بغير تفريط، أو ردها فلا يكون له عنده شيء. (المصدر السابق).

(٣) إذا ادَّعى المودَع ردَّ الوديعة إلى مالكها، وأنكر المالك الرد، فقد اختلف في ذلك على قولين: فالمذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ أن القول قول المودَع بيمينه؛ لأنه أمين لامنفعة له في قبض العين فقبل قوله في الرد، ولأن المودِع لما أقامه مقام نفسه وجب أن يكون قوله مقبولاً كقوله على نفسه.
وعند المالكية: إن قبضها المودَع ببينة فالقول قول المودِع، وإن قبضها بغير بينة فالقول قوله؛ لأن المالك إذا لم يشهد فقد رضي أمانته فقبل قوله، وإن أشهد لم يرض أمانته فلم يقبل قوله.
(المبسوط: ٢٨ / ٣٠، والكافي لابن عبدالبر: ص ٤٠٢، والذخيرة: ٩ / ١٤٥، والحاوي: ١٠ / ٤٠٦، والفروع: ٤ / ٢٣٠، والمبدع: ٥ / ٢٤٣).
وفي الإفصاح (٢ / ٢٣): «واتفقوا على أنه ... لو قال: ما تستحقُّ عندي شيئاً، ثم قال: ضاعت، كان القول قوله».

(٤) يعني ثم ثبتت ببينة أو إقرار، ثم ادعى الرد أو التلف بعد؛ قبل قوله بيمينه.

[١] في / ف بلفظ (تبين).

بَعْدَهُ بِهَا، وَإِنِ ادَّعَى وارِثُهُ الرَّدَّ مِنْهُ أَوْ مِنْ مُوَرِّثِهِ لَمْ يُقْبَلْ إلاَّ بِبَيِّنَةٍ، وَإِنْ طَلَبَ أَحَدُ الـمُودِعِينَ نَصِيبَهُ مِنْ مَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ يَنْقَسِمُ أَخَذَهُ،

ادعى[١] الرد أو التلف (**بعده**) أي بعد جحوده (**بها**) أي بالبينة(١)؛ لأن قوله لا ينافي ما شهدت به البينة ولا يكذبها(٢)، (وإن) مات المودع و (**ادعى وارثه**[٢] **الرد منه**)، أي من وارث المودع لربها (**أو من مورثه**) وهو المودع (**لم يقبل إلا ببينة**)(٣)؛ لأن صاحبها لم يأتمنه عليها بخلاف المودع(٤)، (**وإن طلب أحد المودعين نصيبه**(٥) **من مكيل أو موزون ينقسم**)(٦) بلا ضرر (**أخذه**) أي أخذ نصيبه فيسلم[٢] إليه،

---

(١) يعني فيقبل قوله بالبينة إذا شهدت له بالرد أو التلف.

(٢) لأن قوله: لم تودعني لا ينافي ما شهدت به البينة من الرد أو التلف، ولا يكذبها فقبلت، فإن من تلفت الوديعة من حرزه بغير تفريطه؛ لا شيء لمالكها عنده، ولا يستحق عليه شيئاً.

(٣) وإن تلفت عند الوارث قبل إمكان ردها؛ لم يضمن.

(٤) فإنه ائتمنه عليها، فقبل قوله بلا بينة.

(٥) وذلك إما لغيبة شريكه، أو مع حضوره وامتناعه من أخذ نصيبه، ومن الإذن لشريكه في أخذ نصيبه. (ينظر كشاف القناع ٤ / ١٨٤).

(٦) وهذا هو المذهب؛ لما علل به المؤلف؛ فيسلم إلى الطالب نصيبه وجوباً.
واختار القاضي والناظم: لا يلزمه الدفع إلا بإذن شريكه أو الحاكم.
وكذا الحكم لو كان الشريك حاضراً، وامتنع من المطالبة بنصيبه، والإذن في التسليم إلى صاحبه. (الإنصاف مع الشرح الكبير: ١٥ / ٦٨). =

---

[١] في / هـ بلفظ (الدعى). [٢] في / ف بلفظ (ويسلم).

وَلِلْمُسْتَوْدَعِ وَالْمُضَارَبِ وَالْمُرْتَهَنِ وَالْمُسْتَأْجِرِ مُطَالَبَةُ غَاصِبِ الْعَيْنِ.

لأن قسمته[١] ممكنة بغير ضرر ولا غبن، (**وللمستودع والمضارب والمرتهن والمستأجر**) إذا غصبت العين(١) منهم (**مطالبة غاصب العين**) لأنهم مأمورون بحفظها، وذلك منه(٢)، وإن صادره سلطان أو أخذه منه قهراً لم يضمن، قاله أبو الخطاب(٣).

= وعلم مما تقدَّم أن ذلك لا يجوز من غير المثلى إلا بإذن شريك أو حاكم؛ لأن قسمته لا يؤمن فيها الحيف.

(١) وكذا مستعير، ومجاعل على عملها، وهذا هو المذهب.
والوجه الثاني: ليس له المطالبة في الوديعة؛ لأنه لم يؤمر به، ولا ضمان على المودَع.

(٢) في الإفصاح (٢/٢٧): «واختلفوا في الوديعة إذا سرقت، فهل للمودِع أن يخاصم سارقها من غير توكيل من المالك؟ فقال مالك والشافعي وأحمد: ليس له أن يخاصم إلا أن يوكله المالك، وقال أبو حنيفة: له ذلك بغير توكيل».

(٣) في الإنصاف مع الشرح (١٦/٦٩): «**فوائد**: **إحداها**: حكم المضارب، والمرتهن، والمستأجر في المطالبة، إذا غُصب منهم ما بأيديهم، حكم المودع. قاله أكثر الأصحاب، وقدم في «الخُلاصة» أنه ليس له بالمطالبة في «الوديعة». وجزم بالجواز في المرتهن، والمتسأجر. ومال إليه الحارثي. وقال المصنف في المُضارب: لا يلزمه المطالبة مع حضور رب المال.
الثانية: لو أُكره على دفع الوديعة ربها، لم يضمن. قاله الأصحاب.

[١] في / ف بلفظ (لا قسمته).

. . . .

. . . .

وفي «الفتاوى الرَّجبيات»، عن أبي الخطاب، وابن عقيل، الضمانُ مُطلقاً؛ لأنَّه افتدى به ضرره. وإن صادره السلطان، لم يضمن، على الصحيح من المذهب.

وقال أبو الوفاء: يضمن، إن فرط. وعند أبي الوفاء، إن ظن أخذها منه بإقراره، كان دالاً. ويضمن.

الثالثة: لو أخر ردَّ الوديعة بعد طلبها بلا عذرٍ، ضمن،وبعذرٍ، لا يضمن؛ كالخوف في الطريق، والعجز عن الحمل، وعن الوصول إليها؛ لسيل أو نار، ونحو ذلك.

الرابعة: لو أمره بالرد إلى وكيله فتمكن وأبى ضمن. والصحيح من المذهب، ولو لم يطلبها وكيله. قال في «التلخيص»، و «الفروع».

وقيل: لا يضمنُ إلا إذا طلبها وكيلُه. وأبىٰ الرَّدَّ.

الخامسة: لو أخَّرَ دفع مالٍ أمِرَ بدفعه بلا عذر، ضمن، كما تقدم نظيره في الوديعة. وهذا الصحيح من المذهب، وعليه جماهير الأصحابِ.

وقيل: لا يضمنُ. واختاره أبو المعالي.

فوائد: **منها**: لو وجد لُقطة في غير طريق مأتي، فهي لقطة. على الصحيح من المذهب. قدمه في «الفائق». واختارَ الشيخ تقيُّ الدين أنه كالرِّكاز. واختاره في «الفائق»، وجعله في «الفروع» توجيهاً له.

ومنها: لو أخذَ متاعُه، أو ثوبه، وتُرك له بدَلُه، فالصحيح من المذهب أنه لقطةٌ. وقيل: لا يعرفه مع قرينة سرقة. وهو احتمالٌ للمُصنف. قلت: وهو عينُ الصواب. قال الحارثي: وهذا حسنٌ.

. . . .

. . . .

. . . .

ومنها: لو وجد في جوف حيوانٍ دُرّةً، أو نقداً، فهو لُقطةٌ لواجده. على الصحيح من المذهب. ونقل ابن منصور، تكون لقطة للبائع إن ادَّعَاه، إلا أن يدعى المُشتري أنه أكله عندَه فهو له. فأمَّا إن كانت الدُّرةُ غير مثقوبة في السمكة، فهي للصياد؛ لأن الظاهرَ ابتلاعها من معدنِها.

ومنها: لو وجد لقطة بدارِ الحرب وهو في الجيش، عرفها، ثم وضعها في المغنم. نص عليه. وإن كان دخل بأمانٍ، عرفها، ثم هي له، إلاَّ أن يكون في جيشٍ، فهي كالتي قبلها. وإن دخل متلصِّصاً، عرَّفها، ثم هي كالغَنيمة. على الصحيح من المذهب. ويحتمل أن تكون له من غير تعريف. ذكره المُصنف. قلت: وهذا هو الصواب، وكيف يُعرِّف ذلك؟

ومنها: مؤنَةُ ردَّ اللقطة على ربِّها. على الصحيح من المذهب. وقال في «الترغيب»، و«الرِّعاية»: مؤنة الردِّ على المُلتَقِط.

ومنها: ضمانها بموته، كالوديعة.

ومنها: لو استيقظَ فوجَد في ثوبه دراهم، لا يعلمُ من صرَّها، فهي له، ولا تعريف. ولأحمد نصٌّ يُوجبُ التعريف وينفي الملك.

ومنها: لو ألقت الرِّيح إلى داره ثوب إنسان؛ فإن جهل المالك، فلقطةٌ، وإن عَلِمَه، دفعه إليه، فإن لم يفعل، ضمن بحبس مالِ الغير من غير إذنٍ ولا تعريفٍ.

ومنها: لو سقط طائرٌ في داره، فقال في «المُغني»: لا يلزمه حفظُه ولا إعلامُ صاحبه؛ لأنه محفوظٌ بنفسه، وهذا ما لم ينقطع عنه، أمَّا إنِ انقطع، وجب حفظُه والدَّفعُ إليه؛ لأنه ضائعٌ عنه» ا.هـ.

. . . .

بَـابُ إِحْيَاءِ الـمَوَاتِ

وَهِيَ: الأَرْضُ الـمُنْفَكَّةُ عَنِ الاخْتِصَاصَاتِ وَمُلْكِ مَعْصُومٍ،

باب إحياء الموات(١)

بفتح الميم والواو (وهي) [مشتقة][١] من الموت، وهو عدم[٢] الحياة(٢)، واصطلاحاً: **(الأرض المنفكة عن الاختصاصات(٣) وملك معصوم)(٤)**؛ . . . .

---

(١) الأصل فيه: السنة كما في حديث جابر الآتي.
واتفق الأئمة عليه ففي الإفصاح (٢ / ٤٩): «واتفقوا على جواز إحياء الأرض الميتة العادية».

(٢) في المصباح (٢ / ٥٨٤): «ماتت الأرض مَوَتاناً بفتحتين، ومَوَاتاً بالفتح: خلت من العمارة والسكان فهي موات تسمية بالمصدر. وقيل: الموات: الأرض التي لا مالك لها، ولا ينتفع بها أحد» ا.هـ.
وانظر تاج العروس ١ /٥٨٧.

(٣) كالطرق والأفنية، ومسايل المياه، ونحو ذلك.

(٤) من مسلم وكافر فشمل الذمي والمعاهد، والمستأمن دون الحربي.
ومن تعاريف الحنفية للموات: ما ليس بملك لأحد، ولا هي من مرافق البلد، بل خارجة عنه سواء قربت أم بعدت.
ومن تعاريف المالكية: ما سلم عن الاختصاص بعمارة ولو اندرست.
ومن تعاريف الشافعية: ما لم يكن عامراً، ولا حريما بما قرب من العامر أم بعد. =

---

[١] ساقط من / م، ف. [٢] من / م، ف بلفظ (وعدم).

فَمَنْ أَحْيَاهَا مَلَكَهَا

بخلاف الطرق والأفنية[١] ومسيل المياه، والمحتطبات ونحوها[٢]، وما جرى عليه ملك معصوم بشراء أو عطية أو غيرهما، فلا يملك شيء من ذلك بالإحياء[٣] **(فمن أحياها)** أي الأرض الموات **(ملكها)**[٤][٥]

= (الدر المختار ٦ / ٤٣٢، ومختصر خليل مع جواهر الإكليل ٢ / ٢٠٢، ومغني المحتاج ٢ / ٣٦١).

(١) في المصباح (٢ / ٤٨٢): «الفناء مثل كتاب، وهو سعة أمام البيت، وقيل: ما امتد من جوانبه».

(٢) كمدفن موتاه، ومطرح ترابه، وحريم البئر والعين، وكالبقاع المرصدة لصلاة العيدين والجنائز.

(٣) في المغني (٨ / ١٤٧): «قال ابن عبدالبر: أجمع العلماء أن ما عرف بملك مالك غير منقطع أنه لا يجوز إحياؤه لأحد غير أربابه».

فرع: لو كانت الأرض عامرة فصارت بالخراب مواتاً: فالمذهب ومذهب الشافعية: أنه لا يملك بالإحياء، سواء عرف أربابه أم لم يعرفوا.

وعند أبي حنيفة: إن عرف أربابه لم يملك بالإحياء، وإن لم يعرفوا ملك.

وقال مالك: يملكه من أحياه عرف أربابه أم لم يعرفوا. (المصادر السابقة).

(٤) باتفاق الأئمة. (الإفصاح: ٢ / ٤٩).

(٥) ومن تعاريف الحنفية لإحياء الموات: «أنه التسبب للحياة النامية ببناء، أو غرس أو كرب – أي حراثة – أو سقي». =

. . . .

- -

لحديث جابر يرفعه: «**من أحيا أرضاً ميتة فهي له**»(١) رواه أحمد والترمذي وصححه، وعن عائشة مثله، رواه مالك وأبو داود وقال ابن عبدالبر: هو مسند صحيح[١] متلقى بالقبول عند فقهاء المدينة وغيرهم

= ومن تعاريف الشافعية: «أنه عمارة الأرض الخربة التي لا مالك لها، ولا ينتفع بها أحد».

(حاشية ابن عابدين: ٥/ ٢٧٧، ومواهب الجليل: ٦/ ٢، وحاشية البجيرمي على الخطيب: ٣/ ١٩٢).

وحكمه التكليفي: الجواز باتفاق الأئمة؛ لما استدل به المؤلف.

والحكمة من جوازه: أنه سبب لزيادة الأقوات، والخصب للأحياء.

(١) حديث جابر بن عبدالله أخرجه الترمذي: (٣/ ٦٥٤-٦٥٥)، الأحكام، باب ما ذكر في إحياء أرض الموات (ح: ١٣٧٩)، وأحمد (٣/ ٣٠٤، ٣١٣، ٣٢٧، ٣٣٨، ٣٥٦)، والنسائي في الكبرى: (٣/ ٤٠٤- ح: ٥٧٦١٠)، وابن أبي شيبة: (٧/ ٧٤- ح ٣١٩-٣٢٠، ح ٥١٧٩، ٥١٨٠، ٥١٨١)، ويحيى بن آدم في الخراج (ص ٨٢ - ح ٢٥٩)، وأبو عبيد في الأقوال: (ص ٢٩٨)، وابن زنجويه في الأموال: (٢/ ٦٣٧)، وأبو يعلى: (٣/ ٣٤٠ - ح ١٨٠٥)، (٤/ ١٣٩ ح ٢١٩٥) وابن حزم في المحلى: (٨/ ٢٣٦)، والبيهقي: (٦/ ١٤٨)، والبغوي في شرح السنة: (٦/ ١٤٩-١٥٠).

أما حديث عائشة فلم أجده عند مالك ولا عند أبي داود، وإنما أخرجاه من حديث عروة بن الزبير مرسلاً. =

[١] في / . ، ف ، ط بلفظ (مسند).

مِنْ مُسْلِمٍ وكَافِرٍ، بِإِذْنِ الإِمَامِ

(**من مسلم وكافر**)[١] ذمي مكلف وغيره لعموم ما تقدم، لكن على الذمي خراج ما أحيى من موات عنوة (**بإذن الإمام**) في الإحياء

= وروي من طريق عروة عن عائشة موصولاً أخرجه البخاري: (٣/ ٧٠)، الحرث والمزارعة، باب من أحيا أرضاً مواتاً، والنسائي في الكبرى: (٣/ ٤٠٤ – ح ٥٧٥٩)، والطيالسي: (ص ٢٠٣–٢٠٤ – ح ١٤٤٠) وأبو عبيد في الأقوال: (ص ٢٩٨)، وابن زنجويه في الأقوال: (٢/ ٦٣٨)، وابن الجارود في المنتقى: (ص ٣٣٧–٣٣٨ – ح ١٠١٤)، والدارقطني: (٤/ ٢١٧)، وابن حزم في المحلى: (٨/ ٢٣٥)، والبيهقي: (٦/ ١٤١–١٤٢)، والبغوي في شرح السنة: (٨/ ٢٧٠).

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما استدل به المؤلف.
وذهب بعض الحنفية كأبي القاسم البلخي: أنه يثبت ملك الاستغلال لا ملك الرقبة، قياساً على السبق للانتفاع بالمرافق العامة كالمجالس، ونحوها، وهو مردود بالنص.
وذهب الإمام مالك وبه قال بعض الحنابلة إلى: أن الذمي لا يملك بالإحياء في دار الإسلام؛ لما روى طاووس مرفوعاً: «**عادي الأرض لله ولرسوله، ثم هي لكم بعد**» رواه أبو عبيد والبيهقي، لكنه لا يثبت.
ولأن موتان الأرض من حقوقها، والدار للمسلمين، فكان مواتها لهم كمرافق المملوك.
ونوقش: بأنه يملك المباحات من الحشيش والحطب والصيد، والمعدن، واللقطة، فكذا الموات. (المصادر السابقة).

. . . .

وَعَدَمه

(وعدمه)[١] لعموم الحديث، ولأنها عين مباحة فلا يفتقر ملكها إلى

(١) المحيي لا يخلو من أمرين: **الأول**: أن يكون مسلماً فالمذهب هو المذهب وبه قال أبو يوسف ومحمد من الحنفية، وهو مذهب الشافعية: أنه لا يشترط إذن الإمام؛ لما استدل به المؤلف، ولأن هذه عين مباحة، فلا يفتقر ملكها إلى إذن الإمام كأخذ الحشيش، والحطب.

وعند أبي حنيفة: يشترط إذن الإمام؛ لحديث معاذ مرفوعاً: «ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه» أخرجه الطبراني في الكبير، والبيهقي في المعرفة، وقال: «هذا إسناد لا يحتج به» (الدراية: ٢ /١٢٨، ٢٤٤).

والخلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد: إذا ترك الاستئذان جهلاً أما إن تركه عمداً متهاوناً بالإمام كان له أن يسترد الأرض زجراً له.

وعند المالكية: يشترط إذن الإمام في القريب من العمران قولاً واحداً، ولهم في البعيد قولان.

والمفهوم من كلامهم: أن العبرة بما يحتاجه الناس، فما احتاجوه لابد فيه من الإذن، وما لا فلا.

(تبيين الحقائق: ٦ / ٣٥، وشرح الدر المختار: ٥ / ٢٨٧، ومواهب الجليل: ٦ / ١١، والإقناع للخطيب: ٣ / ١٩٥، وكشاف القناع: ٤٤ / ١٥٨، ومطالب أولى النهى: ٤ / ١٨٠).

الأمر الثاني: أن يكون ذمياً، فالمذهب: أنه لا يشترط إذن الإمام، ولو كان في بلاد المسلمين للعمومات.

وعند الحنفية: يشترط إذن الإمام كما في شرح الدر المختار. =

. . . .

فِي دَارِ الإِسْلَامِ وَغَيْرِهَا وَالعَنْوَةُ كَغَيْرِهَا، وَيُمْلَكُ بِالإِحْيَاءِ مَا قَرُبَ مِنْ عَامِرٍ إِنْ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِمَصْلَحَتِهِ،

إذن (**في دار الإسلام وغيرها**)، فجميع البلاد [سواء][١] في ذلك، (**والعنوة**)(١) كأرض مصر والشام والعراق (**كغيرها**) مما أسلم أهله عليه(٢) أو صولحوا عليه(٣)، إلا ما أحياه مسلم من أرض كفار صولحوا على أنها لهم ولنا الخراج(٤).

(**ويملك بالإحياء ما قرب من عامر إن لم يتعلق بمصلحته**)(٥) لعموم ما

= وعند المالكية: الذمي كالمسلم فيما تقدم، إلا في الإحياء في جزيرة العرب فلابد فيه من الإذن عند مطرف وابن الماجشون.

وعند الشافعية: لا يجوز إحياء الذمي في بلاد الإسلام مطلقاً.

(المصادر السابقة)

(١) أي غلبة وقهراً. (المطلع: ص ١٣٢).

(٢) يملك بالإحياء، ولا خراج عليه إلا أن يكون المحيي ذميًّا كغير الموات.

(٣) أي أن الأرض للمسلمين كأرض خيبر، فيملك بالإحياء كغيره.

(٤) لأنهم صولحوا في بلادهم، فلا يجوز التعرض لشيء منها؛ لأن الموات تابع للبلد. (ينظر الشرح الكبير لابن قدامة ٣ / ٣٧٤).

(٥) في المغني (٨ / ١٤٩): «كل ما تعلق بمصالح العامر من طرقه، ومسيل مائه، ومطرح قمامته، وملقى ترابه وآلاته، لا يجوز إحياؤه بغير خلاف في المذهب، وكذا ما تعلق بمصالح القرية كفنائها ومرعى ماشيتها، ومحتطبها وطرقها، ومسيل مائها لا يملك بالإحياء لا نعلم فيه خلافاً بين أهل العلم».

---

[١] ساقط من / م.

. . . .

تقدم(١)، وانتفاء المانع(٢)، فإن تعلق بمصالحه كمقبرة[١](٣) وملقى كناسته ونحوهما(٤) لم يملك، وكذا موات الحرم وعرفات لا يملك بإحياء[٢](٥)، وإذا وقع في الطريق وقت الإحياء نزاع فلها سبعة أذرع

(١) لحديث جابر السابق.

(٢) وهو التعلق بمصالح العامر فجاز إحياؤه كالبعيد.

(٣) وهي مدفن الموتى، أو المرصدة لدفن الموتى ولو قبل الدفن.

(٤) كملقى ترابه، بلا خلاف كما تقدم قريباً عن المغني.

(٥) إحياء أراضي حرم مكة ينقسم إلى قسمين:

الأول: إحياء أراضي المشاعر كمنًى، ومزدلفة، وعرفات: فالمذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: التحريم؛ لحديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت: يا رسول الله «**ألا نبني لك بمنًى بيتاً، أو بناء يظلك من الشمس، فقال: لا إنما هو مناخ من سبق إليه**» رواه أحمد وأبو داود والترمذي وصححه، وابن ماجه.

ولحديث عائشة رضي الله عنها مرفوعاً: «**من أعمر أرضاً ليست لأحد فهو أحق بها**» رواه البخاري، وأراضي المشاعر قد تعلق بها حق جميع المسلمين.

وفي قول للشافعية والحنابلة: الجواز؛ لعموم أحاديث الإحياء.

ونوقش: هذا الاستدلال بأن أراضي المشاعر لا يسلم أنها موات، بل ملك لجميع المسلمين. =

[١] في / م، ف، هـ بلفظ (كمقبرته).

[٢] في / ف بلفظ (بالاحياء).

. . . .

ولا تغير[١] بعد وضعها(١)، ولا يملك معدن ظاهر كملح، وكحلٍ، وجصٍ بإحياء(٢)، وليس للإمام إقطاعه وما نضب عنه الماء من الجزائر لم يحي

= **الثاني**: حكم إحياء أراضي الحرم غير المشاعر: فالمذهب: التحريم؛ لقول الله تعالى: ﴿**وَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ الَّذِي جَعَلْنَاهُ لِلنَّاسِ سَوَاءً الْعَاكِفُ فِيهِ وَالْبَادِ**﴾.
وعند المرداوي من الحنابلة: جواز إحياء ما لا يحتاج إليه الحاج ألبتة إن وجد.
وعند الحنفية، والمالكية، والشافعية: الجواز؛ لعموم أحاديث الإحياء.
(المبسوط: ٢٣/ ١٦٦، وبدائع الصنائع: ٦/ ١٩٤، والشرح الكبير للدردير: ٤/ ٦٧، والمنتقى: ٦/ ٢٧، ومغني المحتاج: ٢/ ٣٦٤، والفروع: ٤/ ٥٥٦، والإنصاف: ٦/ ٣٦٠).

(١) لحديث أبي هريرة مرفوعاً: «**إذا اختلفتم في الطريق فاجعلوه سبعة أذرع**» متفق عليه.

(٢) المعدن ينقسم إلى قسمين:
الأول: الظاهر وهي التي يتوصل إليها بعمل يسير كالنفط، والكبريت، والقار، والكحل ونحو ذلك، فالمذهب ومذهب الحنفية: أنها لا تملك بالإحياء، ولا يجوز إقطاعها لأحد؛ لأن النبي ﷺ «أقطع أبيض بن حمَّال معدن الملح، فلما قيل له إنه بمنزلة الماء العدِّ رده» رواه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وابن حبان وصححه، وضعفه ابن القطان (التلخيص: ٣/ ٦٤).
ولأن في ذلك ضرراً على المسلمين وتضييقاً عليهم، إذ هي كالماء الذي لا يجوز إقطاعه. =

[١] في / م، ف بلفظ (تعتبر).

. . . .

بالبناء، لأنه يرد الماء إلى الجانب الآخر فيضر بأهله(١) وينتفع به بنحو

= وعند المالكية: أنها إلى الإمام يعطيها لمن شاء من المسلمين.
وعند الشافعية: يملكها المحيي بشرط عدم علمه بوجودها قبل الإحياء؛ لأنها من أجزاء الأرض، وقد ملكها بالإحياء فيملك المعادن تبعاً.
الثاني: الباطنة، وهي التي لا تخرج إلا بعمل ومؤنة كالذهب والفضة، والحديد والنحاس والرصاص، فالمذهب، ومذهب الحنفية، ومذهب الشافعية: أنها ملك لمن استخرجها؛ لأنها مستخرجة من موات لا ينتفع به إلا بالعمل والمؤنة، فيملك بالإحياء.
وفي وجه عند الحنابلة: أنها لا تملك بالإحياء؛ لأن الإحياء الذي يملك به هو العمارة التي يهيأ بها المحيا للانتفاع من غير تكرار عمل، وإخراج المعادن حفر وتخريب يحتاج إلى تكرار عند كل انتفاع.
وعند المالكية: المعادن الباطنة كالظاهرة أمرها إلى الإمام.
(حاشية ابن عابدين: ٥/٨٣٨٣، وحاشية الدسوقي: ١/٤٨٦، والبجيرمي على الخطيب: ٣/١٩٩)
(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية؛ لما علل به المؤلف.
وفي ظاهر الرواية عند الحنفية وبه قال سحنون ومطرف وأصبغ: أنه يملك بالإحياء؛ لأن الموات اسم لما لا ينتفع به، فإذا لم يكن ملكاً لأحد، ولاحقاً خاصًّا له لم يكن منتفعاً به فكان مواتاً.
وفي رواية لأبي حنيفة: أنه إذا كان الماء قريباً لا يكون مواتاً؛ لأن ما يكون قريباً من القرية لا ينقطع ارتفاق أهلها عنه فيدار الحكم عليه. =

. . . .

وَمَنْ أَحَاطَ مَوَاتاً

زرع[١].

(**ومن أحاط مواتاً**) بأن أدار حوله حائطاً منيعاً بما جرت العادة[٢] به فقد أحياه[٣]، . . . .

= وعند محمد بن الحسن: تعتبر حقيقة الانتفاع حتى لا يجوز إحياء ما ينتفع به أهل القرية وإن كان بعيداً، ويجوز إحياء ما لا ينتفعون به وإن كان قريباً من العامر.

والقول الآخر عند المالكية: أن باطن النهر إذا يبس يكون ملكاً لصاحبي الأرض التي بجنب النهر لكل واحد منهما ما يجاور أرضه مناصفة، وكذلك إذا مال النهر عن مجراه إلى الأرض المجاورة له.

(الفتاوى الهندية: ٥ /٣٨٦، وحاشية ابن عابدين: ٥ /٢٧٨، والتاج والإكليل: ٦ /٢، والرهوني على الزرقاني: ٧ /٩٨، والبجيرمي على الخطيب: ٣ /١٩٥).

(١) وبه قال الشافعية.

يعني إذا لم يكن مملوكاً فله إحياؤه كموات، والانتفاع به بنحو زرع مع عدم الضرر، وإن غلب الماء على ملك إنسان، ثم نضب عنه فله أخذه، ولا يزول ملكه بغلبة الماء عليه.

(٢) أي عادة أهل البلد البناء به، من لبن، أو آجر، أوحجر، ونحوه.

(٣) وهذا هو المذهب؛ وعن الإمام أحمد: إحياء الأرض ما عد عرفاً إحياء لأن الشرع ورد بتعليق الملك على الإحياء ولم يبينه، فيجب الرجوع فيه إلى ما كان إحياء في العرف. =

. . . .

. . . .

. . . .

= وعند الحنفية: يكون الإحياء بالبناء على الأرض الموات، أو الغرس، أو كريها - حرثها - أو سقيها.

وعند مالك: إحياء الأرض أن يحفر فيها بئراً، أو يجري عيناً، أو يغرس شجراً، أو يبني، أو يحرث ما فعل من ذلك فهو إحياء.

قال عياض: اتفق على أحد سبعة أمور: تفجير الماء، وإخراجه عن غامرها، والبناء، والغرس، والحرث، ومثله تحريك الأرض بالحفر، وقطع شجرها، وسابعها كسر حجرها، وتسوية حفرها، وتعديل أرضها.

وعند الشافعية: أن الإحياء يختلف بحسب المقصود منه، فإن أراد مسكناً اشترط لحصوله تحويط البقعة بآجر أو لبن، أو محض الطين أو ألواح الخشب والقصب بحسب العادة، وسقف بعضها لتهيأ للسكنى ونصب باب؛ لأنه المعتاد، وقيل: لا يشترط.

وإن كان المقصود زريبة للدوآب فيشترط التحويط، ولا يكفي نصب سعف أو أحجار من غير بناء، ولا يشترط السقف، والخلاف في الباب كالخلاف فيه بالنسبة للسكنى. والإحياء في المزرعة يكون بجمع التراب حولها، وفي معنى التراب قصب وحجر وشوك،ولا حاجة إلى تحويط... ولا يشترط الزراعة بالفعل على أحد القولين؛ لأنها استيفاء منفعة وهو خارج عن الإحياء.

والقول الثاني: لابد منها؛ لأن الدار لا تصير محياة إلا إذا حصل فيها عين مال المحيين، وكذا الأرض. =

. . . .

أَوْ حَفَرَ بِئْراً

سواء أرادها للبناء أو غيره[١][٢] لقوله عليه السلام: «**من أحاط حائطاً على أرض فهي له**» رواه أحمد وأبو داود عن جابر[٣]، (أو حفر بئراً

= (الفتاوى الهندية: ٥/٣٨٦، والتاج والإكليل: ٦/١٢، وحاشية الدسوقي: ٤٠/٦٩، والقليوبي وعميرة: ٣/٩٠ والمغني: ٨/١٧٦).

(١) كما لو أرادها لزرع، أو حظيرة غنم، أو غيرهما.

(٢) والمقدار المعتبر ما يسمى حائطاً في اللغة.

(٣) أخرجه أحمد (٣/٣٨١)، والطحاوي في شرح معاني الآثار: (٣/٢٦٨) من طريق محمد بن بشر عن سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن سليمان ابن قيس اليشكري عن جابر بن عبدالله، وإسناده صحيح، وقد زال الخوف من تدليس قتادة لأن الراوي عنه سعيد بن أبي عروبة. قال يحيى ابن معين: أثبت الناس في قتادة؛ سعيد بن أبي عروبة وهشام الدستوائي وشعبة، فمن حدثك من هؤلاء الثلاثة بحديث يعني عن قتادة فلا تبال ألا تسمعه من غيره.

انظر: الجرح والتعديل: (٤/٦٥)، ونقل ابن رجب في شرح علل الترمذي (٢/٥٠٦) عن البرديجي: «إذا أردت أن تعلم صحيح حديث قتادة فانظر إلى رواية شعبة وسعيد بن أبي عروبة وهشام الدستوائي».

وزال الخوف أيضاً من اختلاط سعيد بن أبي عروبة؛ لأن الراوي عنه محمد بن بشر العبدي، وقد سمع منه قبل التغير والاختلاط.

وأما عزو المصنف الحديث لأبي داود، فلم أقف عليه في السنن، ولم =

. . . .

فَوَصَلَ إِلَى الـمَاءِ، أَوْ أَجْرَاهُ إِلَيْهِ مِنْ عَيْنٍ أَوْ نَحْوِهَا أَوْ حَبَسَهُ عَنْهُ لِيَزْرَعَ فَقَدْ أَحْيَاهُ، وَيُمْلَكُ حَرِيـمُ

فوصل إلى الماء) فقد أحياه[١]، **(أو أجراه)** أي الماء **(إليه)** أي إلى الموات **(من عين ونحوها أو حبسه)** أي الماء **(عنه)** أي عن الموات إذا كان لا يزرع معه **(ليزرع فقد أحياه)**؛ لأن نفع الأرض بذلك أكثر من الحائط، ولا إحياء بحرث وزرع[٢]، **(ويملك)** المحيي **(حريم**

= يذكره المزي في تحفة الأشراف عن جابر، وإنما ذكره من حديث سمرة بن جندب، وحديث سمرة أخرجه أبو داود (٣/٤٥٦) الخراج (ح ٣٠٧٧)، وأحمد: (٥/١٢، ٢١)، والطيالسي: (ص ١٢٢، ح ٩٠٦)، وابن أبي شيبة: (٧/٧٦) وابن الجارود في المنتقى: (ص ٣٣٨، ح ١٠١٥)، وابن زنجويه في الأموال: (٢/٦٥٢)، والطبراني في الكبير: (٧/٢٥٢)، والطحاوي في شرح معاني الآثار: (٣/٢٦٨)، والبيهقي: (٦/١٤٨).

(١) وإن حفرها لارتفاقه كعادة من انتجع أرضاً، فهو أحق ما أقام، وإن رحل فسابلة، فإن عاد فهو أحق بها من غيره ويختص بها.
وإن حفر البئر فلم يصل إلى الماء فهو كالمتحجر الشارع في الإحياء يكون أحق بها من غيره.

(٢) وفي المغني ٨/١٧٨: «ولا يعتبر في إحياء الأرض حرثها ولا زرعها؛ لأن ذلك مما يتكرر كلما أراد الانتفاع بها».
وتقدم قول الأئمة.

البِئْرِ العَادِيَّة: خَمْسِينَ ذِرَاعاً مِنْ كُلِّ جَانِبٍ، وَحَرِيمُ البَدِّيَّة نِصْفُهَا،

البئر العادية)(١)(٢) بتشديد الياء أي القديمة منسوبة إلى عاد، ولم يرد عاداً بعينها **(خمسين ذراعاً من كل جانب)** إذا كانت انطمت، وذهب ماؤها، فجدد حفرها وعمارتها، أو انقطع ماؤها فا[١]ستخرجه(٣)، **(وحريم البَدِّيَّةِ)** المحدثة(٤) **(نصفها)** خمسة وعشرون ذراعًا(٥). لما

---

(١) في الإقناع مع شرحه ٤ / ١٩٢: «وهي القديمة التي انطمت وذهب ماؤها فجدَّدَ حفرها وعمارتها، أو انقطع ماؤها فاستخرجه، ملكها وملك حريمها....».

(٢) في المطلع ص (٢٨١): «حريم البئر وغيرها: ما حولها من مرافقها وحقوقها....».

(٣) ملكها بذلك، وملك حريمها إذا كانت موات.

(٤) التي لم يسبق لها عمارة نصف العادية إذا كانت في موات، وحفرها للتمليك لأجل البئر، أو سقي الماشية.

(٥) وهذا هو المذهب، لما استدل به المؤلف، ولأن العادية أكثر غزارة للماء في الغالب.

وقال بعض الحنابلة: حريم البئر قدر الحاجة، اختاره القاضي في المجرد، وأبو الخطاب، وابن قدامة في الكافي.

وعند الحنفية: أن حريم بئر العطن – وهي التي يستقى منها للمواشي أربعون ذراعاً، من كل جانب على الصحيح.

وحريم بئر الناضح – وهي أن يحمل البعير الماء من نهر، أو بئر لسقي=

---

[١] في / س بلفظ (فإن استخرجه).

. . . .

روى أبو عبيد في« الأموال »[١] عن سعيد بن المسيب(١) قال :« السنة

= الزرع : أربعون ذراعاً.

وعند أبي يوسف ومحمد : ستون ذراعاً.

وعند المالكية : أن البئر ليس لها حريم محدود لاختلاف الأرض بالرخاوة والصلابة، ولكن حريمها ما لا ضرر معه عليها، وهو مقدار ما لا يضر بمائها، ولا يضيق مناخ إبلها، ولا مرابض مواشيها عند الورود.

وعند الشافعية : أن حريم البئر المحفورة في الموات – وهي ما كانت مطوية وينبع الماء منها –: موقف النازح منها، والحوض، وموضع الدولاب – وهو ما يستقي به النازح – ومتردد الدابة، كل ذلك غير محدد، وإنما هو بحسب الحاجة.

وحريم بئر القناة : وهي المحفورة من غير طي ليجتمع الماء فيها ويؤخذ لنحو المزارع ما لو حفر فيه نقص ماؤها، أو خيف سقوطها، ويختلف ذلك بصلابة الأرض ورخاوتها.

(الفتاوى الهندية : ٥ / ٣٨٧، والتاج والإكليل : ٦ / ٣، وحاشية قليوبي وعميرة : ٣ / ٨٩، والانصاف مع الشرح الكبير : ١٥ / ١١٤، ومنتهى الإرادات : ١ / ٥٤٤).

(١) أحد العلماء، والفقهاء السبعة، قال فيه ابن المديني : لا أعلم في التابعين أوسع علماً منه، مات سنة (٩٠هـ) وقد ناهز الثمانين. (سير أعلام النبلاء ٤ / ٢١٧).

[١] في / س بلفظ (الأموات).

. . . .

في حريم القليب العادي خمسون ذراعاً، والبدي خمسة وعشرون ذراعاً»[١]. وروى الخلال والدارقطني نحوه مرفوعاً. وحريم شجرة قدر

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة: (٦/ ٣٧٥) البيوع، باب في حريم الآبار (ح ١٣٩٨)، وأبو داود في المراسيل: (ص ٢٠٥)، وابن زنجويه في الأموال: (٢/ ٦٥٤ - ح ١٠٧٨)، والحاكم في المستدرك: (٤/ ٩٧) الأحكام، وأبو نعيم في تاريخ أصبهان: (١/ ٢٠٩)، وابن حزم في المحلى: (٨/ ٢٣٩)، والبيهقي: (١٥٥-١٥٦) إحياء الموات، باب ما جاء في حريم الآبار، ومسدد في مسنده كما في المطالب العالية: (١/ ٤٢٠ - ح ١٣٩٩) من حديث سعيد بن المسيب مرسلاً.

وأخرجه ابن أبي شيبة: (٦/ ٣٧٤ - ح ١٣٩٧)، وأبو عبيد في الأموال: (ص ٣٠٤)، وابن زنجويه في الأموال: (٢/ ٦٥٥ - ح ١٠٧٩)، والبيهقي: (٦/ ١٥٥) من طريق الزهري عن سعيد بن المسيب موقوفاً عليه.

وأخرجه الدارقطني: (٤/ ٢٢٠) الأقضية والأحكام (ح ٦٣) من طريق الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة مرفوعاً موصولاً.

الحديث صحيح مرسلا، ومرسلات ابن المسيب من أصح المراسيل. قال الدارقطني في السنن بعد روايته للحديث: «الصحيح من الحديث أنه مرسل عن ابن المسيب، ومن أسنده فقد وهم».

وفي المغني (٨/ ١٨٠): «ولابد أن يكون البئر فيها ماء فإن لم تصل =

. . . .

. . . .

مد أغصانها[١]، وحريم دار من موات حولها مطرح تراب، وكناسة، وثلج، وماء ميزاب[٢]، ولا حريم لدار محفوفة بملك[٣]، ويتصرف كل منهم بحسب العادة[٤].

= إلى الماء فهو كالمتحجر الشارع في الإحياء، وقوله: «ومن حفر بئراً عادية» يحمل على البئر التي انطمت وذهب ماؤها فجدد حفرها وعمارتها، أو انقطع ماؤها فاستخرجه ليكون ذلك إحياء لها ... ولو حفر رجل بئراً للمسلمين ينتفعون بها، أو ينتفع بها مدة إقامته عندها ثم يتركها لم يملكها، وكان له الانتفاع بها فإذا تركها كانت للمسلمين كالمعادن الظاهرة، وهو أحق بها ما دام مقيماً عندها؛ لأنه سابق إليها كالمتجر الشارع في الإحياء».

(١) وهذا هو المذهب.

وعند الحنفية: خمس أذرع.

وعند المالكية: بقدر مصلحتها، وهذا كله في الأرض المباحة.

(المصادر السابقة)

(٢) وغير ذلك مما يرتفق به ساكنها، فيحرم على غيره التصرف فيه.

(٣) يعني للغير من كل جانب؛ لأن الحريم من المرافق، ولا يرتفق بملك غيره؛ لأن مالكه أحق به.

(٤) أي يتصرف كل واحد من أرباب الأملاك المتلاصقة في ملكه، وينتفع به بحسب العادة الجارية، فإن تعدى العادة منع من التعدي عملاً بالعادة.

. . . .

وَلِلإِمَامِ إِقْطَاعُ مَوَاتٍ لِمَنْ يُحْيِيه

ومن تحجر مواتاً بأن أدار حوله أحجاراً ونحوها لم يملكه وهو أحق به[١] ووارثه من بعده[٢]، وليس له بيعه[٣]، (**وللإمام إقطاع موات لمن يحييه**)[٤] . . . .

(١) وهذا هو المشهور من المذهب؛ لما روى أبو داود أن النبي ﷺ قال: «**من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به**».

قال الحارثي: وعن أحمد رواية بإفادة الملك، وهو الصحيح. (الإنصاف مع الشرح الكبير: ١٥ / ١٢٠).

(٢) في الإنصاف: «بلا نزاع» وهو قول الشافعية كما في الحاوي الكبير ٧ / ٤٩٠ . لأنه حق للموروث فقام وارثه مقامه فيه كسائر حقوقه، ومثل ذلك الأرض الخراجية أحق بها، وورثته من بعده.

(٣) وهذا هو المذهب؛ لأنه لم يملكه؛ وشرط البيع أن يكون من مالك.

وقيل: يجوز بيعه وهو احتمال لأبي الخطاب، وأطلقهما في المحرر والرعايتين؛ لأنه أحق به. (المصدر السابق).

(٤) الاقطاع لغة: التمليك والإرفاق. (لسان العرب: ٨ / ٢٨١) والمصباح ٢ / ٥٠٨.

وفي الشرع: هو ما يقطعه الإمام من الأراضي رقبة أو منفعة لمن ينتفع به. (حاشية ابن عابدين: ٣ / ٣٩٢).

وينقسم الإقطاع إلى قسمين:

الأول: إقطاع إرفاق، وهو إرفاق الناس بمقاعد الأسواق، وأفنية الشوارع،=

. . . .

وَلاَ يَمْلِكُهُ،

«لأنه ﷺ أقطع بلال بن الحارث العقيق»(١)، (ولا يملكه) بالإقطاع بل هو

= وحريم الأمصار، ومنازل المسافرين، ونحو ذلك، وهو أقسام: ما يختص الإرفاق فيه بالصحاري، وما يختص بأفنية الدور والأملاك، وما يختص بأفنية الشوارع والطرقات، وتأتي.

الثاني: إقطاع تمليك، وهو تمليك الإمام مجرداً عن شائبة العوضية بإحياء أو غيره، وهو أقسام: إقطاع الموات، وإقطاع العامر، وإقطاع المعادن، وتأتي.

(الخراج لأبي يوسف: ص ٦٦، وحاشية الدسوقي: ٤ /٦٨، والأحكام السلطانية للماوردي: ص ١٨٧، والأحكام السلطانية لأبي يعلى: ص ٢٠٨، والمغني: ٨ /١٥٣).

(١) أخرجه الطبراني في الكبير: (١ / ٣٧٠ - ح ١١٤٠)، والحاكم (١ / ٤٠٤) الزكاة، والبيهقي: (٤ / ١٥٢)، الزكاة، باب زكاة المعادن، (٦ /١٤٨-١٤٩) إحياء الموات، باب من أقطع قطيعة أو تحجر أرضاً ثم لم يعمرها، من طريق الحارث بن بلال بن الحارث عن أبيه.

وأخرجه الطبراني في الكبير: (١ / ٣٧٠ - ١١٤١)، والحاكم: (٣ /٥١٧)، معرفة الصحابة من طريق يحيى بن بلال بن الحارث عن أبيه بلال بن الحارث.

وأخرجه أحمد: (١ /٣٠٦)، وابن زنجويه في الأموال: (٢ / ٧٤١ - ح ١٢٦٥) من حديث عبدالله بن عباس.

وأخرجه أبو داود: (٣ /٤٤٤-٤٤٥) الخراج، باب في إقطاع الأرضين (ح ٣٠٦٢، ٣٠٦٣)، وأحمد: (١ /٣٠٦)، والبيهقي: (٦ /١٤٥)، إحياء الموات، باب كتاب القطائع، من طريق كثير بن عبدالله بن عمرو =

. . . .

. . . .

أحق من غيره، فإذا أحياه ملكه(١).

= ابن عوف عن أبيه عن جده، وأخرجه مالك: (١/ ٢٤٨)، الزكاة (ح ٨)، وأبو داود: (٣/ ٤٤٣ - ح ٣٠٦١)، أبو عبيد في الأموال: (ص ٣٤٧)، ابن زنجويه في الأموال: (٢/ ٧٤٠)، والبيهقي: (٤/ ١٥٢)، من طريق ربيعة بن أبي عبدالرحمن عن غير واحد من علمائهم.

وأخرجه عبدالرزاق: (١١/ ٩ - ح ١٩٧٥٣)، والبيهقي: (٦/ ١٤٩)، من طريق ابن طاووس عن أبيه.

وأخرجه يحيى بن آدم في الخراج: (ص ٩٣ - ٢٩٤)، والبيهقي: (٦/ ١٤٩)، من حديث عبدالله بن أبي بكر مرسلاً.

الحديث في إقطاع النبي ﷺ لبلال بن الحارث العقيق ثابت، وصححه الحاكم والذهبي.

(١) إقطاع الموات ضربان:

الضرب الأول: ما لم يزل مواتاً من قديم الدهر فلم تجر فيه عمارة، ولا يثبت عليه ملك فهذا يجوز للإمام أن يقطعه من يحييه ويعمره، لما استدل به المؤلف.

والمذهب: أن إقطاع الموات لا يفيد تمليكاً، فإن أحياه ملكه بالإحياء، لا بالإقطاع؛ لأن عمر رضي الله عنه استرجع من بلال بن الحارث ما عجز عن إحيائه، ولو ملكه لم يسترجعه.

وجمهور العلماء: أنه يملكه بالإقطاع.

وفي الإنصاف مع الشرح (١٥/ ١٢٧): (وقال مالك: يثبت الملك =

. . . .

. . . .

. . . .

= بنفس الإقطاع يبيع ويهب ويتصرف، ويورث عنه قال: وهو الصحيح إعمالاً لحقيقة الإقطاع، وهو التمليك».

والضرب الثاني: ما كان عامراً فخرب فصار مواتاً عاطلاً، وهو نوعان:

الأول: ما كان عاديًّا - أي قديماً جاهلياً - فهو كالموات الذي لم يثبت فيه عمارة، ويجوز إقطاعه؛ وفي الحديث مرفوعاً: «**عـادي الأرض لله ولرسوله، ثم هي لكم مني**» رواه الشافعي، وأعل بالإرسال. (التلخيص: ٣/ ٦٢).

الثـاني: ما كان إسلاميًّا جرى عليه ملك المسلمين، ثم خرب حتى صار مواتاً عاطلاً لا يعرف له مالك.

فالمذهب ومذهب الحنفية: يملك بالإحياء بشرط إقطاع الإمام له.

وعند المالكية: يملك بالإحياء مطلقاً بشرط أن تكون الأرض غير مقطعة، فإن كانت مقطعة فالراجح عندهم أنها لا تملك بالإحياء.

وعند الشافعية: أنه مال ضائع يرجع فيه إلى اجتهاد الإمام.

(الفتاوى الهندية: ٥/ ٣٨٦، والرهوني على الزرقاني: ٥/ ١٠٥، والأحكام السلطانية للماوردي: ص ١٩٠، والأحكام السلطانية لأبي يعلى: ص ٢١٣).

وأما إقطاع العامر، فالعامر ضربان:

الأول: ما يتعين مالكه فلا نظر للسلطان في إقطاعه اتفاقاً، وهذا إذا كانت في دار الإسلام،فإن كانت في دار الحرب التي لا يثبت للمسلمين=

. . . .

وَإِقْطَاعُ الـجُلُوسِ فَي الطُّرُقِ الوَاسِعَةِ مَا لَمْ يَضُرَّ بِالنَّاسِ،

وللإمام أيضاً إقطاع غير موات تمليكًا وانتفاعاً[١] للمصلحة، (**وله إقطاع الجلوس**) للبيع والشراء (**في الطرق**[٢] **الواسعة**)(١) ورحبة مسجد غير محوطة(٢) (**ما لم يضر بالناس**)؛ لأنه ليس للإمام أن يأذن فيما لا مصلحة فيه فضلاً عما فيه مضرة(٣).

= عليها يد فأراد الإمام إقطاعها عند الظفر جاز.

والثاني: ما لم يتعين مالكه، فما اصطفاه الإمام لبيت المال، أو ما دخل بيت المال فالمذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: عدم جواز إقطاعه؛ لكونه ملكاً لكافة المسلمين فجرى على رقبته حكم الوقف المؤبد.

وعند الحنفية: يجوز إقطاعه، إذ الأرض بمنزلة المال كما يعطى المال حيث ظهرت مصلحته.

(الخراج لأبي يوسف: ص ٦٣، وحاشية ابن عابدين: ٣ / ٢٦٥، وحاشية الدسوقي: ٤ /٦٨، والأحكام السلطانية للماوردي: ص ٢٩٢، والأحكام السلطانية لأبي يعلى: ص ٢١٥).

(١) لمحتاج إلى الجلوس فيها، فللإمام أن يقطعه إقطاع منفعة.

(٢) لأن المحوطة لا يجوز فيها البيع ونحوه، بل من المسجد، والرحبة بفتح الحاء وتسكينها: ساحة المسجد، وجمعها رحب ورحاب. (المطلع: ص ٢٨١).

(٣) إقطاع الإرفاق ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: ما يختص بالإرفاق فيه بالصحاري والفلوات حيث منازل المسافرين وحلول المياه وهو نوعان:

الأول: أن يكون لاجتياز السابلة واستراحة المسافرين فيه،والذي يخص=

---

[١] في / ف بلفظ (وإتباعاً). [٢] في / ف بلفظ (الطريق).

وَيَكُونُ أَحَقَّ بِجُلُوسِهَا،

(ويكون) المقطع[١] له (أحق بجلوسها)(١) ولا يزول حقه بنقل متاعه منها(٢)؛ لأنه قد استحق بإقطاع الإمام، وله التظليل على

= السلطان من ذلك إصلاح عورته، وحفظ مياهه، والتخلية بين الناس وبين نزوله، والسابق أحق به حتى يرتحل؛ لقوله ﷺ: «**منىً مناخ من سبق**» فإن نزلوه سواء عدل بينهم نفياً للنزاع.

الثاني: أن يكون نزولهم للاستيطان، فللإمام منعهم، أو تركهم حسب المصلحة.

القسم الثاني: ما يختص بأفنية الدور والأملاك، فإن كان الارتفاق مضراً بأهلها منع اتفاقاً.

وإن لم يضر فالحنفية والمالكية، وهو قول للشافعية والحنابلة: أن لهم الارتفاق وإن لم يأذن أربابها؛ لأن الحريم، وهو ما ينتفع به أهل الدور غير مملوكة لأحد.

وفي قول للشافعية والحنابلة: أنه لا يجوز الارتفاق إلا بإذن؛ لأنه تبع لأملاكهم.

القسم الثالث: ما اختص بأفنية الشوارع والطرقات فموقوف على نظر السلطان، وفي حكم نظره وجهان:

الأول: أن نظره مقصور على كفهم عن التعدي، ومنعهم من الإضرار، والإصلاح بينهم عند التشاجر.

والثاني: أن نظره نظر مجتهد فيما يراه صالحاً في إجلاس من يجلس، ومنع من يمنع، وتقديم من يقدم. (المصادر السابقة).

(١) ما لم تزل رغبته، فإن زالت فهو كغيره.

(٢) ما لم يعدالإمام في إقطاعه. (الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٥ / ١٣٠).

[١] في / س بلفظ (المنقطع).

وَمَنْ غَيْرِ إِقْطَاعٍ لِمَنْ سَبَقَ بِالجُلُوسِ مَا بَقِيَ قُمَاشُهُ فِيهَا وَإِنْ طَالَ،

نفسه بما ليس ببناء بلا ضرر[١]، ويسمى هذا إقطاع إرفاق[٢]، (**ومن غير إقطاع**) للطريق الواسعة والرحبة غير المحوطة الحق (**لمن سبق بالجلوس ما بقي قماشه**[٣][٤] **فيها وإن طال**)[٥]، جزم به في «الوجيز» لأنه سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فلم يمنع، فإذا نقل متاعه كان لغيره الجلوس[٦]. . . . .

---

(١) من بارية وكساء؛ لدعاء الحاجة إليه، وليس له أن يبني دكة في الطريق ولو واسعاً؛ لما فيه من التضييق. (المصدر السابق: ١٥ / ١٣٢).

(٢) ومنفعة لا تمليك.

(٣) القماش: بضم القاف، متاع البيت. (المطلع: ص ٢٨١).

(٤) بالاتفاق (الشرح الكبير: ١٥ / ١٣٢) ما لم يضر، وله الجلوس ولو ليلاً، وكذا لو أجلس أجنبيًّا أو غلامه؛ ليحفظ له المكان.

(٥) وهذا هو الوجه الأول في المذهب، قال الحارثي: وهذا اللائق بأصول الأصحاب حيث قالوا بالإقطاع. لما علل به المؤلف.

والوجه الثاني: يزال، قال الحارثي: هذا أظهر عندهم؛ لما علل به المؤلف. (المصدر السابق).

(٦) في مكانه، ولو لم يأت الليل، ولا يحتاج فيه إلا إذن الإمام، بخلاف المقطع فإن استحقاقه بإذن الإمام فلا يزول حقه بنقل، وهذا استحقاقه بسبقه، ومقامه فيها، فإن انتقل عنها زال استحقاقه.

. . . .

وَإِنْ سَبَقَ اثنانِ اقْتَرَعا،

وفي «المنتهى» وغيره[١]، فإن أطاله أزيل لأنه يصير كالمالك[٢]، (**وإن سبق اثنان**) فأكثر إليها[٣] وضاقت (**اقترعا**)[٤] لأنهما استويا في السبق والقرعة مميزة، ومن سبق إلى مباح من صيد أو حطب أو معدن ونحوه[٥] فهو أحق به[٦]، وإن سبق إليه اثنان قسم بينهما[٧].

---

(١) كالإقناع.

(٢) وإن قام وترك متاعه لم يكن لغيره إزالته.

(٣) أي الطريق الواسع، ورحبة المسجد غير المحوطة.

(٤) وهذا هو المذهب؛ لما علل به المؤلف.

والوجه الثاني: يقدم الإمام من يرى منهما، حكاه القاضي. (الإنصاف مع الشرح الكبير: ١٥ / ١٣٤).

(٥) كثمر مباح، ومنبوذ رغبة عنه، ونثار في عرس، وما يتركه حصاد من ذرع ولقاط من ثمر، ونحو ذلك. (الإنصاف مع الشرح: ١٦ / ١٣٩).

(٦) مسلماً كان أو ذمياً، والملك فيه مقصور على القدر المأخوذ.

(٧) وهذا هو المذهب؛ لأن قسمته ممكنة فلا يؤخر حق أحدهما؛ لأنه لا ميزة لأحدهما على الآخر.

وقيل: يقترعان، وقيل يقدم الإمام أيهما شاء. (الإنصاف مع الشرح: ١٦ / ١٣٨).

=

. . . .

وَلِمَنْ فِي أَعْلَى الـمَاءِ الـمُبَاحِ السَّقْيُ وَحَبْسُ الـمَاءِ إِلَى أَنْ يَصِلَ إِلَى كَعْبِهِ، ثُمَّ يُرْسِلُهُ إِلَى مَنْ يَلِيهِ،

(**ولمن في أعلى الماء المباح**) كماء مطر (**السقي وحبس الماء إلى أن يصل إلى كعبه ثم يرسله إلى من يليه**) فيفعل كذلك وهلم جرًّا، فإن [لم][١] يفضل عن الأول أو من بعده شيء فلا شيء للآخر؛ لقوله عليه السلام: «**اسق يا زبير ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر**» متفق عليه، وذكر عبدالرزاق [عن][٢] معمر عن الزهري قال: نظرنا[٣] إلى قول النبي ﷺ: «**ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر**[٤]»(١) فكان ذلك إلى

= وفي الإنصاف مع الشرح (١٦/ ١٤٠): «**فائدتان: الأولى**: لو ترك دآبته بفلاة، أو مهلكة ليأسه منها، أو عجزه عن علفها ملكها آخذها على الصحيح من المذهب ... وقيل: لا يملكها كالرقيق وترك المتاع عجزاً بلا نزاع، ويرجع بالنفقة على الرقيق وأجرة المتاع على الصحيح من المذهب...

الثانية: لو ألقى متاعه في البحر خوف الغرق. فقال الحارثي: نص أحمد: أنه باق على ملكهم، وقيل: يملكه آخذه، قدمه في الفائق».

(١) أخرجه البخاري: (٣/ ٧٦-٧٧) المساقاة، باب سكر الأنهار، وباب شرب الأعلى قبل الأسفل، وباب شرب الأعلى إلى الكعبين: (٣/ ١٧١)، الصلاح باب إذا أشار الإمام بالصلح فأبى حكم عليه بالحكم البين، =

---

[١] ساقط من / هـ، ف.
[٢] ساقط من / ف.
[٣] في / هـ بفظ (نظر).
[٤]

. . . .

الكعبين، فإن كان الماء مملوكاً قسم بين الملاك بقدر النفقة والعمل، وتصرف كل واحد في حصته بما شاء(١).

= (٥ / ١٨٠-١٨١)، تفسير سورة النساء، باب ﴿ **فَلا وَرَبِّكَ لا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ** ﴾، مسلم: (٤ / ١٨٢٩-١٨٣٠)، الفضائل (ح ١٢٩) من حديث عبدالله بن الزبير.

أما ما ذكره عبدالرزاق من قول الزهري فلم أقف عليه في كتابه المصنف، ولعله في كتابه الآخر تفسير القرآن، تحت قوله تعالى: ﴿ **فَلا وَرَبِّكَ لا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ** ﴾ من سورة النساء ووقفت على كلام الزهري عند البخاري في صحيحه (٣ / ٧٧)، والبيهقي: (٦ / ١٥٤)، (١٠ / ١٠٦).

(١) في الشرح الكبير مع الإنصاف (١٦ / ١٤١): «وجملة ذلك، أنه لا يخلو الماءُ من حالين؛ إما أن يكون جارياً، أو واقفاً. والجاري ضربان: **أحدهما**: أن يكون في نهر غير مملوك، **وهو قسمان**: **أحدهما**: أن يكون نهراً عظيماً؛ كالنيل، والفرات، الذي لا يستضرُّ أحدٌ بالسقي منهما، فهذا لا تزاحم فيه، ولكل أحد أن يسقى منها متى شاء وكيف شاء.

القسم الثاني: أن يكون نهراً صغيراً يزدحمُ الناسُ فيه، ويتشاحُّون في مائه، أو سيلاً يتشاحُّ فيه أهلُ الأرضين الشاربة منه، فيبدأُ بمن في أول النَّهرِ، فيسقى ويحبسُ الماءَ حتى يبلُغَ الكعب، ثم يرسلُ إلى الذي يليه، فيصنعُ كذلك، وعلى هذا حتى تنتهي الأراضي كلها. فإن لم يفضُلْ =

. . . .

. . . .

. . . .

= عن الأول شيءٌ، أو عن الثاني، أو عمن يليهما، فلا شيء للباقين؛ لأنهم ليس لهم إلا ما فضل، فهم كالعصبة في الميراث. وهذا قولُ فُقهاء المدينة، ومالك، والشافعي. ولا نعلمُ فيه مُخالفاً؛ لما روى عبدُالله بن الزبير، أن رجلاً من الأنصار خاصم الزبير في شراج الحرَّةِ التي يسقونَ بها إلى النبي ﷺ، فقال ﷺ: **«اسق يا زُبير، ثم أرسلِ الماء إلى جارك»**. فغضب الأنصاريُّ، وقال: يا رسول الله: أن كان ابن عمتك. فتلوَّنَ وجهُ رسول الله ﷺ ثم قال: **«يا زُبيرُ اسق، ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر»**. فقال الزبير: فوالله إني لأحسبُ هذه الآية نزلت فيه: ﴿**فَلا وَرَبِّكَ لا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ**﴾ متفق عليه.

وذكر عبدالرزاق، عن معمر، عن الزهري، قال: نظرنا في قول النبي ﷺ: **«ثم احبس الماء حتى يبلغ الجدْرَ»**. وكان ذلك إلى الكعبين. قال أبو عُبيد: الشراجُ: جمعُ شَرْجٍ. والشرجُ: نهرٌ صغير. والحَرَّةُ: أرضٌ مُلْتَبسةٌ بحجارةٍ سُودٍ. والجَدْرُ: الجدارُ. وإنما أمَرَ النبيُّ ﷺ الزُّبيْرَ أن يسقيَ ثم يُرْسِلَ، تسهيلاً على غيره، فلما قال الأنصاريُّ ما قال، استوْفَى النبيُّ ﷺ للزُّبيرِ حَقَّه. فإن كانت أرضُ صاحب الأعلى مختلفةً، منها عاليةٌ ومنها مُستفلةٌ، سقى كلَّ واحدةٍ منها على حدَتها. فإن استوى اثنان في القُرْبِ من أوَّل النَّهْرِ، اقْتسما الماء بينَهما إن أمْكَنَ، وإلا أُقْرِعَ بينَهما، فقُدِّمَ من تَقَعُ له القُرْعَةُ، فإن كان الماءُ لا يَفْضُلُ عن أحَدِهما؛ سَقَى من تقعُ له =

. . . .

وَلِلإِمَامِ دُونَ غَيْرِهِ حِمَى مَرْعَى لِدَوَآبِّ الـمُسْلِمِينَ

(وللإمام دون غيره حمى مرعى)[١] أي أن يمنع الناس من مرعى **(لدوآب المسلمين)**[٢] التي يقوم بحفظها . . . .

= القرعةُ بقدرِ حقِّه من الماء، ثم تركَه للآخَرِ، وليس له السَّقْيُ بجميع الماء؛ لُمساواةِ الآخَرِ له في استحقاقِ الماء، وإنَّما القُرعةُ للتَّقديم في استيفاء الحَقِّ لا في أصل الحقِّ، بخلافِ الأعْلى مع الأسفَلِ، فإنه ليس للأسفل حقٌّ إلا في الفاضلِ عن الأعلى. فإن كانت أرضُ أحَدِهما أكبر من أرض الآخر، قُسِم الماءُ بينهما على قدر الأرض؛ لأنَّ الزائدَ من أرضِ أحدِهما مُساوٍ في القرب، فاستحق جُزءاً من الماء، كما لو كان لثالثٍ» ا.هـ.

(١) الحمى لغة: المكان الممنوع من الرعي. (المطلع ص ١٨٦)..
وفي الشرع: أن يمنع الإمام موضعاً لا يقع فيه التضييق على الناس للحاجة العامة لماشية الصدقة، والخيل التي يحمل عليها. (التاج والإكليل: ٦/٣، ٤).
وروى الصعب بن جثامة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «**لا حمًى إلا لله ولرسوله**» رواه البخاري.

(٢) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم، لما تقدم من حديث الصعب بن جثامة، ولأن عمر رضي الله عنه حمى كما في صحيح البخاري، وكذا عثمان كما في البيهقي (٦/١٤٧)، واشتهر ولم ينكر.
وفي قول للشافعي: ليس لغير النبي ﷺ أن يحمي؛ لما تقدم من حديث الصعب بن جثامة رضي الله عنه.
(الأموال لأبي عبيد: ص ٢٩٨، وحاشية قليوبي وعميرة: ٣/٩٢، وفتح الباري: ٥/٤٥، والمغني: ٨/١٦٦).

. . . .

مَا لَمْ يَضُرَّهُمْ.

كخيل الجهاد والصدقة(١) **(ما لم يضرهم)** بالتضييق عليهم(٢)، لما روى عمر أن النبي ﷺ: «**حمى النقيع**[١](٣) **لخيل المسلمين**»(٤) رواه أبو عبيد،

(١) ونَعَمِ الجزية، وضوال الناس.

(٢) فإن ضيق حرم؛ لعدم المصلحة فيه.

(٣) موضع قرب المدينة، بينه وبين المدينة عشرون فرسخاً، وهو غير نقيع الخضمات. (معجم البلدان: ٥/٣٠١).

(٤) أخرجه أبو عبيد في الأموال: ٣٠٩، وابن زنجويه في الأموال: (٢/٦٦٦ - ح ١١٠٥)، وأحمد في المسند: ٢/١٥٥، ١٥٧، والبيهقي: (٦/١٤٦)، إحياء الموات، باب ما جاء في الحمى، من طريق عبدالله ابن عمر العمري عن نافع عن ابن عمر، وأخرجه ابن حبان كما في الإحسان: (٧/٩٤ - ح ٤٦٦٤) من طريق عاصم بن عمر عن عبدالله بن دينار عن ابن عمر.

الطريقان فيهما راويان ضعيفان هما عبدالله بن عمر العمري، وعاصم بن عمر بن حفص، ورواية أحدهما تعضد الأخرى، لذا أدخل ابن حبان الحديث في صحيحه، وله شاهد من حديث أبي بكر الصديق عند ابن سعد في الطبقات الكبرى: (٥/١١)، كما أن له شاهداً آخر من حديث الصعب بن جثامة عند أبي داود: (٣/٤٦٢ - ح ٣٠٨٤)، والبيهقي: (٦/١٤٦).

[١] في / م، ف، هـ بلفظ (البقيع).

. . . .

وما حماه النبي ﷺ ليس لأحد نقضه[١](١)، وما حماه غيره من الأئمة يجوز نقضه(٢)، ولا يجوز لأحد أن يأخذ من أرباب الدوآب عوضاً عن مرعى موات أو حمىً؛ لأنه عليه السلام شرك الناس فيه، ومن جلس في نحو جامع لفتوى أو إقراء فهو أحق بمكانه ما دام فيه، أو غاب لعذر وعاد قريباً(٣) . . . .

---

(١) في المغني (٨/١٦٦): «وما حماه النبي ﷺ فليس لأحد نقضه ولا تغييره مع بقاء الحاجة إليه؛ لأن ما حكم به النبي ﷺ نص لا يجوز نقضه بالاجتهاد، ومن أحيا منه شيئاً لم يملكه، وإن زالت الحاجة إليه ففيه وجهان: أصحهما: أنه لا يجوز نقضه لما ذكرنا».

(٢) وهذا هو المذهب؛ فيملكه بالإحياء؛ لأن حمى الأئمة اجتهاد، وملك الأرض بالإحياء نص، والنص يقدم على الاجتهاد.

والوجه الثاني: لا يملكه بالإحياء؛ لأن اجتهاد الإمام لا يجوز نقضه كما لا يجوز نقض حكمه، والأول: أولى؛ لأن الاجتهاد في حماه في تلك المدة دون غيره، ولهذا ملك الحامي نقضه، ومذهب الشافعي على نحو ما ذكره. (المغني: ٨/١٦٦).

(٣) فهو أحق بمكانه، وتقدم في باب صلاة الجمعة أن من سبق إلى مكان فهو أحق به، سواء كان مسجداً أو غيره في جمعة أو غيرها، لصلاة أو غيرها من الطاعات، وأنه يحرم تأخيره، وإقامته منه، والقعود فيه.

---

[١] في / م، ف بلفظ (نقصه).

. . . .

ومن سبق إلى رباط(١) أو نزل فقيه بمدرسة أو صوفي بخانقاه[١](٢)، لم يبطل حقه بخروجه منه لحاجة(٣).

* * *

(١) في المطلع ص ٣٨٢: «الرِّبَاط: واحد الرباطات المبنية المعروفة».
وفي المصباح ١/٢١٥: «الرباط: الذي يبنى للفقراء.... ويجمع في القياس رُبُطٌ، ورباطات».

(٢) خانقاه: رباط الصوفية.

(٣) ولو بعدت حاجته ولم يعد قريباً. (حاشية ابن قاسم ٥/٤٩٣).

* * *

[١] في / هـ، ف بلفظ (خانقات).

بَابُ الجُعَالَةِ

وَهِيَ أَنْ يَجْعَلَ شَيْئاً

باب الجعالة(١)

الجُعالةُ: بتثليث الجيم قاله ابن مالك(٢)، قال ابن فارس: الجُعْلُ والجَعَالةُ والجَعيْلة: ما يعطاه الإنسان على أمر يفعله(٣)(٤)، **(وهي)** اصطلاحاً: **(أَنْ يَجْعَلَ)** جائز التصرف(٥) **(شيئاً)** متمولاً.

---

(١) أي باب بيان أحكام الجعالة، وما تفارق به الإجارة وغيرها.

(٢) المطلع: (ص ٢٨١).

(٣) فعل جعل يأتي في اللغة لمعان منها: وضع، وصنع، وصار، وأقبل، وأخذ، ونسب، وعمل، وهيأ، وإدخال الشيء في الشيء، وخلق، وغير ذلك. (لسان العرب: ١١ / ١١٠، وتاج العروس: ٧ / ٢٥٧).

(٤) المطلع: (ص ٢٨١).

(٥) وهو البالغ، العاقل، الحر، الرشيد، وأن يكون الجاعل مختاراً، وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية.
وعند المالكية: هذه شروط لزوم العقد لملتزم الجعل، وأما أصل العقد، فيتوقف على كونه مميزاً.
(شرح الخرشي: ٧ / ٧٠، ومواهب الجليل: ٥ / ٤٥٢، وتحفة المحتاج: ٢ / ٣٦٦).
وقد ذكر المالكية: أن ما كان شرطاً في الجاعل فهو شرط في العامل.
وأما الشافعية: فإن كان العامل معيناً فتشترط أهليته للعمل بأن يكون =

. . . .

مَعْلُوماً لِمَنْ يَعْمَلُ لَهُ عَمَلاً مَعْلُوماً ،

(معلومًا[(١)] **لمن يَعْمَلُ** [له][١] **عملاً معلومًا)** كردِّ عبد من محل

= قادراً عليه، فلا يصح من صغير ولا عاجز؛ لأن منفعته معدومة، وإن كان العامل غير معين فلا تشترط قدرته على العمل، بل يكفي علمه بإعلان الجعل، وله أن يوكل.

ولا يشترط في العامل بنوعيه بلوغ، ولا عقل، ولا حرية، ولا رشد، ولا إذن وليٍّ ولا سيِّدٍ. (المصدر السابق).

(١) فيشترط العلم بالجعل، وهذا باتفاق القائلين بجواز الجعالة، وهم المالكية، والشافعية، والحنابلة؛ لأن جهالة العوض تفوِّت المقصود من عقد الجعالة، إذ لا يكاد أحد يرغب في العمل مع جهالة الجعل، ولا حاجة إلى جهالة الجعل بخلاف العمل والعامل، حيث تغتفر جهالتهما للحاجة إلى ذلك.

واستستنىٰ الشافعية من اشتراط العلم بالجعل:

أ - إذا جعل الإمام أو قائد الجيش لمن يدل على فتح قلعة للكفار المحاربين جعلاً كفرس ونحوه.

ب- إذا قال شخص لآخر حج عني بنفقتك، فيجوز مع جهالة العوض

واستثنى الحنابلة: من جهالة العوض إذا كانت الجهالة لا تمنع التسليم نحو أن يقول: من رد ضالتي فله ثلثها، أو يقول القائد: من جاء بعشرة روؤس فله رأس، أو ثلث مال فلان الحربي لمن دل على قلعة ونحوها، ويكون العلم بالجعل بمشاهدته، أو وصفه كالأجرة.

وعند المالكية: لو كان الجعل عيناً معينة - ذهباً أو فضة مضروبة - فلا =

[١] ساقط من / س.

أَوْ مَجْهُولاً مُدَّةً مَعْلُومَةً أَوْ مَجْهُولَةً،

كذا[١]، أو بناء حائط كذا[٢]، (أو) عملاً (مجهولاً[٣] مدة معلومة) كشهر كذا، (أو) مدة (مجهولة)[٤]، فلا يشترط العلم بالعمل ولا

= يصح أن تكون جعلاً مع صحة العقد، ويغرم مثلها إذا أتم العامل العمل، وإن كان مثليًّا أو موزوناً لا يخشى تغيره خلال فترة العمل صح، وإن خشي تغيره خلال فترة العمل، أو كان حيواناً فلا يصح، والعقد فاسد. (المصادر السابقة).

(١) ولا فرق بين أن يجعله لمعين كأن يقول: إن رددت عبدي فلك كذا، فلا يستحقه سواه، أو غير معين، كأن يقول: من رد عبدي فله كذا، فيستحقه من رده.

(٢) أي صفته وقدره كذا.

(٣) كخياطة ثوب لم يصفها، أو رد لقطة لم يعين موضعها.

(٤) كمن حرس زرعي فله كل يوم كذا، أو بنى لي هذا الحائط فله كذا.
ومن تعاريف المالكية للجعالة: أن يجعل الرجل للرجل أجراً معلوماً، ولا ينقده إياه على أن يعمل له في زمن معلوم أو مجهول مما فيه منفعة للجاعل، على أنه إن أكمل العمل كان له الجعل، وإن لم يتمه فلا شيء له.
ومن تعاريف الشافعية: التزام عوض معلوم على عمل معين معلوم أو مجهول يعسر ضبطه.
وأما الحنفية فيأتي أنهم لا يرون جواز الجعالة.
(شرح الخرشي: ٧/ ٦٩، وحاشية البجيرمي على شرح الخطيب: ٣/ ١٧٠).

. . . .

. . . .

المدة(١)، ويجوز الجمع بينهما هنا(٢) بخلاف الإجارة(٣)، ولا تعيين

---

(١) بل يشترط العلم بالجعل في غير مال الحربي كما تقدم.

(٢) أي بين تقدير المدة والعمل؛ لجوازها مع جهالة المدة والعمل؛ للحاجة كأن يقول: من خاط هذا الثوب في يوم فله كذا، فإن أتى به فيه استحق الجعل، وإن لم يف به فيها فلا شيء له.

وهذا هو المذهب؛ لأن المدة إذا جازت في هذا العقد مجهولة فمع تقديرها أولى.

وعند المالكية والشافعية: يشترط لصحة عقد الجعالة عدم تأقيت العمل بوقت محدد؛ لكن عند المالكية: إن اشترط العامل ترك العمل متى شاء جاز تأقيت الجعالة؛ لأن تقدير المدة يخل بمقصود العقد، فقد لا يتمكن العامل من العمل خلال المدة المقدرة فيضيع سعيه.

(أسنى المطالب: ٢/ ٤٤١، وحاشية الدسوقي: ٤/ ٦٦، وشرح المنتهى: معونة أولي النهى ٥/ ٥٩٧).

(٣) فالجعالة تخالف الإجارة في أشياء منها:

١- أن الجعالة عقد جائز، والإجارة عقد لازم؛ ويأتي قريباً.

٢- أن الجعالة تصح مع جهالة العمل بخلاف الإجارة، ويأتي قريباً.

٣- أن الجعالة تصح مع العامل المبهم في الجعالة، وفي الإجارة يجب اشتراط القبول، ليتصف العقد باللزوم.

٥- في الجعالة يجوز الجمع بين تقدير المدة والعمل، أما الإجارة فموضع خلاف وتقدم في باب الإجارة، والمذهب عدم جوازه. =

. . . .

. . . .

العامل للحاجة[١] ويقوم العمل مقام القبول؛ لأنه يدل عليه كالوكالة[٢]، ودليلها قوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ﴾[٣]،

= ٦- في الجعالة لا يستحق العامل الجعل إلا بإتمام العمل بخلاف الإجارة. (أحكام القرآن لابن العربي: ٣ / ١٠٨٤، وأحكام القرآن للقرطبي: ٩ / ٢٣٢، ومقدمات ابن رشد: ٢ / ٦٣١، ونهاية المحتاج: ٥ / ٤٦٣، والمغني: ٨ / ٣٢٥).

(١) باتفاق القائلين بجواز الجعالة، فيصح أن يقول: من فعل كذا، فله كذا. (المصادر السابقة).

(٢) باتفاق القائلين بجواز الجعالة، فالعمل يدل على القبول في الجعالة كما يدل العمل في الوكالة على قبول الوكالة.

(٣) سورة يوسف: الآية ٧٢.

قال ابن كثير في تفسيره (٢ / ٤٨٥): «ولمن جاء به حمل بعير، وهذا من باب الجعالة، وأنا به زعيم، وهذا من الضمان والكفالة».

وانظر: روح المعاني: ١٣ / ٢٥، وأحكام القرآن للجصاص: ٣ / ١٧٥، وأحكام القرآن لابن العربي: ٣ / ١٠٨٤، وفتح القدير: ٤ / ٤٢).

ولأن الحاجة تدعو إلى إباحة الجعالة؛ لأن الإنسان قد يبتغي تحقق عمل ولا يجد من يتفق معه، فإذا ما أطلق خطابه وجعله شاملاً لغير المعين، فقد يجد من يعينه على تحقيق مبتغاه. (ينظر: مغني المحتاج: ٢ / ٤٢٩).

وقد اختلف العلماء في حكم الجعالة. =

. . . .

. . . .

وحديث اللديغ[١].

= فالمذهب، ومذهب المالكية، والشافعية: جواز الجعالة، لما تقدم من أدلة.
وعند الحنفية: عدم جواز الجعالة في غير جعل العبد الآبق صيانة للمال عن الضياع.
وعللوا: أن في الجعالة تعليق التملك علي الخطر - أي التردد بين الوجود والعدم - وأيضاً: الجعالة لم توجه إلى معين، والعقد مع المجهول لا ينعقد، فانتفى العقد.
(المبسوط: ١١ /١٧، وبدائع الصنائع: ٦ /٢٠٣، ومقدمات ابن رشد: ٢ /٣٠٨، ومنح الجليل: ٤ /٣، والمهذب: ١ /٤١١، والبجيرمي على الخطيب: ٣ /١٧١، والمغني: ٨ /٣٢٥).

(١) المروي عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه: «أن ناساً من أصحاب النبي ﷺ أتوا على حيٍّ من أحياء العرب، فلم يقروهم، فبينما هم كذلك إذ لدغ سيِّد أولئك، فقالوا: هل معكم من دواء أو راق، فقالوا: إنكم لم تقرونا، ولا نفعل حتى تجعلوا لنا جعلاً، فجعلوا لهم قطيعاً من الشاء، فجعل يقرأ بأمِّ القرآن، ويجمع بزاقه ويتفل، فبرأ، فأتوا بالشاء، فقالوا: لا نأخذه حتىٰ نسأل النبي ﷺ فسألوه، فضحك وقال: **وما أدراك أنها رقية، خذوها واضربوا لي بسهم**».
أخرجه البخاري: (٣ /٥٣)، الإجارة، باب يعطى في الرقية، (٦ /١٠٣) فضائل القرآن، باب فاتحة الكتاب (٧ /٢٣، ٢٥)، الطب، باب الرقى بفاتحة الكتاب، وباب النفث في الرقية، مسلم: (٤ /١٧٢٧-١٧٢٨) السلام، (ح ٢٥).

. . . .

كَرَدِّ عَبْدٍ وَلُقَطَةٍ وَخِيَاطَةٍ وبناءِ حائطٍ، فَمَنْ فَعَلَهُ بَعْدَ

والعمل الذي يؤخذ الجعل عليه (**كرد عبد ولقطة**)[١]، فإن كانت في يده فجعل له مالكها جعلاً ليردها لم يبح له أخذه[٢]، (و) كـ (**خياطة وبناء حائط**) وسائر ما يستأجر عليه من الأعمال[٣]، (**فمن فعله بعد**

---

(١) ودلالة على مسروق ونحو ذلك للآية.

(٢) لحصولها في يده وعمله من دون عقد، وعليه حفظ مال أخيه من دون جعل، وهذا هو المذهب، ومذهب المالكية والشافعية. (المصادر السابقة).

(٣) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية، مما فيه تعب ومشقة.
وعند المالكية: تجوز الجعالة في كل ما لا يكون للجاعل فيه منفعة إلا بتمامه سواء كان يسيراً أو غير يسير، كالإتيان بالبعير الشارد، والعبد الآبق؛ واقتضاء الديون، وشراء السلع، وحفر البئر في الأرض العامة، ونحو ذلك.
وإن كان يبقى للجاعل فيه منفعة إن لم يتم العمل فلا تصح الجعالة فيه كالتعاقد على خياطة، أو خدمة، أو بيع سلع كثيرة ونحو ذلك.
(تحفة المحتاج: ٢ /٣٦٧، وأسنى المطالب: ٢ /٤٤١، ومقدمات ابن رشد: ٢ /٣٠٨، وحاشية العدوي على شرح أبي الحسن: ٢ /١٦٢، والمغني: ٨ /٣٢٣).
وعند المالكية والشافعية: يشترط أن يكون للجاعل في العمل المجاعل عليه منفعة تعود عليه، فلو قال: من أخبرني فله دينار صح، ولو جاعل شخصاً على أن يصعد جبلاً من غير منفعة بإتيان حاجة لم يصح.
وعند الحنابلة: يشترط أن يكون العمل في الجعالة للجاعل، فلو قال: من ركب دآبتي فله كذا لم يصح؛ لئلا يجتمع للعامل: النفع والعوض. (المصادر السابقة).

. . . .

عِلْمِه بِقَوْلِه اسْتَحَقَّهُ وَجَمَاعَةٌ يَقْتَسِمُونَهُ، وَفِي أَثْنَائِه يَأْخُذُ قِسْطَ تَمَامِه،

علمه بقوله) أي بقول صاحب العمل: من فعل كذا فله كذا، **(استحقَّه)**؛ لأن العقد استقر بتمام العمل[1]. **(وجماعة)** إذا عملوه **(يقتسمونه)** بالسوية؛ لأنهم اشتركوا في العمل الذي يستحق به العوض، فاشتركوا فيه[2].

(و) إن بلغه الجعل **(في أثنائه)** أي أثناء العمل **(يأخذ قسط تمامه)**[3]؛ لأن ما فعله قبل بلوغ الخبر غير مأذون فيه[4] فلم يستحق به

---

(١) فالمذهب، ومذهب الشافعية: يشترط لاستحقاق العامل الجعل أن يسمع إذن الجاعل في ذلك أو يعلم به، فإن عمل بدون علم فلا شيء؛ لأنه متطوع من غير عوض.
لكن استثنىٰ الحنابلة مسألتين: تخليص متاع الغير من هلكة، ورد الآبق، فلا يشترط فيهما الإذن، ويأتي.
وعند المالكية: إن كان العامل معروفاً بطلب الضوال وغيرها من الأموال الضائعة بعوض، فإنه يستحق جعل المثل، وإن لم يكن إذن.
واختلف المالكية فيما إذا أراد صاحب الضالة أن يتركها في يد العامل بدلاً عن الجعل على قولين.
(شرح الخرشي: ٧/ ٧٤، وحاشية الدسوقي: ٤/ ٦٦، والمهذب: ١/ ٤١١، وأسنىٰ المطالب: ٢/ ٤٣٩، والشرح الكبير مع الإنصاف: ١٦/ ١٦٣).
(٢) كالإجارة، وهو المذهب، ومذهب الشافعية. (المصادر السابقة).
(٣) وهو المذهب، ومذهب الشافعية. (المصادر السابقة).
(٤) فكان متبرعاً.

. . . .

وَلِكُلٍّ فَسْخُهَا ؛ فَمِنَ العَامِلِ لا يَسْتَحِقُّ شَيْئاً ،

عوضاً، وإن لم يبلغه إلا بعد العمل لم يستحق شيئاً لذلك[١].

(و) الجعالة عقد جائز[٢] **(لكل)** منهما **(فسخها)** كالمضاربة. **(فـ)** متى كان الفسخ **(من العامل)** قبل تمام العمل فإنه **(لا يستحق شيئاً)**؛ لأنه أسقط حق نفسه حيث لم يأت بما شرط عليه[٣].

---

(١) وفي المنتهى وشرحه (٢ / ٤٦٩): «وحرم عليه أخذه إلا إن تبرع له به ربه بعد إعلامه بالحال».

(٢) وهذا هو المذهب، والشافعية؛ لأنها من جهة الجاعل تعليق استحقاق العامل للجعل بشرط، وأما من جهة العامل؛ فلأن العمل مجهول، وما كان كذلك لا يلزم بالعقد.

وعند المالكية: عقد جائز، لكن بعد الشروع في العمل تكون عقداً لازماً بالنسبة للجاعل، لكي لا يبطل على العامل عمله.

وعند بعض المالكية: أنها عقد لازم ولو قبل الشروع كالإجارة.

وفي قول آخر لهم: أنها عقد لازم للجاعل فقط بمجرد إيجابه أو إعلانه دون العامل.

(نهاية المحتاج: ٤ / ٣٤٨، ومقدمات ابن رشد: ٢ / ٣٠٧، وشرح الخرشي: ٧ / ٧٠، والشرح الكبير مع الإنصاف: ١٦ / ١٧١).

(٣) كعامل المساقاة، وهذا هو المذهب، ومذهب المالكية، والشافعية؛ لما علل به المؤلف.

وعند الشافعية: إذا زاد الجاعل في العمل، ولم يرض العامل بالزيادة ففسخ لذلك فله أجرة المثل. =

. . . .

وَمِنَ الـجَاعِلِ بَعْدَ الشُّرُوْعِ لِلْعَامِلِ أُجْرَةُ عَمَلِهِ، وَمَعَ الاخْتِلافِ فِيْ أَصْلِهِ أَوْ قَدرِه يُقْبَلُ قَوْلُ الـجَاعِلِ،

(و) إن كان الفسخ **(من الجاعل بعد الشروع)** في العمل فـ **(للعامل أجرة مثل عمله)**(١) لأنه عمله[١] بعوض لم يسلم [له][٢]، وقبل الشروع في العمل لا شيء للعامل(٢)، وإن زاد أو نقص قبل الشروع في الجعل جاز، لأنها عقد جائز، ومع الاختلاف في أصله أي: أصل الجعل(٣) أو

= (مقدمات ابن رشد: ٢/٣٠٧، وبلغة السالك: ٢/٢٥٧، وتحفة المحتاج: ٢/٣٦٩، والشرح الكبير مع الإنصاف: ١٦/١٧١).

(١) وهذا هو المذهب، وهو المصحح عند الشافعية؛ لما علل به المؤلف.
وعند المالكية: ليس للجاعل أن يفسخ العقد بعد الشروع في العمل، فالعقد لازم بالنسبة له حينئذ، فيستحق العامل الجعل المسمى بشريطة أن يتم العمل، وتقدم قريباً. (المصادر السابقة).
وعند شيخ الإسلام: للعامل نسبة المثل.

(٢) لأنه عمل غير مأذون فيه، فلم يستحق شيئاً.

(٣) المذهب ومذهب الشافعية: إن اختلفا في اشتراط الجعل وتسميته في العقد، فقال العامل: شرطت لي جعلاً، وأنكر الجاعل؛ فالقول قول الجاعل لما علل به المؤلف.
وقال بعض الأصحاب: يتحالفان في قدر الجعل قياساً على اختلاف الأجير والمستأجر في قدر الأجرة، وهو احتمال للقاضي، فعليه يفسخ العقد وتجب أجرة المثل. (المصادر السابقة).
ولعل الأقرب: الرجوع إلى القرائن، وإلا فقول الجاعل.

---

[١] في / ط بلفظ (عمل). [٢] ساقط من / م، ف.

وَمَنْ رَدَّ لُقَطَةً أَوْ ضَالَّةً أَوْ عَمِلَ لِغَيْرِهِ عَمَلاً بِغَيْرِ جُعْلٍ لَمْ يَسْتَحِقَّ عِوَضاً ،

قدره[١] يقبل قول الجاعل؛ لأنه منكر، والأصل براءة ذمته.

(**ومن رد لقطة أو ضالة أو عمل لغيره عملاً بغير جعل**) ولا إذن (**لم يستحق عوضاً**)؛[٢] لأنه بذل منفعة من غير عوض فلم يستحقه، ولئلا

---

(١) وهذا هو المذهب، لما علل به المؤلف.

وعند المالكية: إن ادعى أحدهما ما شأنه أن يكون جعلاً مناسباً فالقول قوله بيمينه، وإن ادعى كل منهما ما شأنه أن يكون جعلاً مناسباً للعمل فالراجح: أن القول لمن كان المال المردود في حوزته، فإن لم يكن المال في يد أحدهما بأن كان في يد أمين، فالراجح: أنهما يتحالفان ويجب للعامل جعل مثله.

وإن لم يدع أحدهما ما شأنه أن يكون جعلاً مناسباً لذلك العمل فإنهما يتحالفان، ويجب للعامل جعل مثله، وكذلك يجب له جعل مثله إن امتنع كل منهما عن اليمين، وأما إن امتنع أحدهما فقط فيقضي القاضي لمن حلف بما يدعيه.

وعند الشافعية: أنهما يتحالفان، فيحلف كل منهما على نفي قول صاحبه، وإثبات قوله، ويحلف الجاعل أولاً على الراجح، ويفسخ العقد بالتحالف، ويجب للعامل أجرة المثل. وإنما يتحالفان؛ لأن كلاً منهما مدع ومدعى عليه. (المصادر السابقة).

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية؛ لما علل به المؤلف.

وخالف المالكية في ذلك: فقالوا: إن كان العامل معروفاً برد الضوال وغيرها من الأموال الضائعة بعوض فإنه يستحق جعل مثله، وتقدم قريباً.=

. . . .

إلا

يلزم الإنسان ما لم[١] يلتزمه، (إلا) في تخليص متاع غيره من هلكة(١).

= (المصادر السابقة).

في الإنصاف مع الشرح الكبير (١٦ / ١٧٤) : « **فائدتان : إحداهما** : لو تلف ما خلصه من هلكة لم يضمنه منقذه على الصحيح من المذهب، وقيل : يضمنه ...

الثانية : متى كان العمل في مال الغير إنقاذاً له من التلف المشرف عليه كان جائزاً، كذبح الحيوان المأكول إذا خيف موته، صرح به في المغني .... واقتصر عليه في آخر القاعدة الرابعة والسبعين، وقال : ويفيد هذا أنه لا يضمن ما نقص بذبحه.

تنبيه : مراد المصنف وغيره بقولهم : ومن عمل لغيره عملاً بغير جعل فلا شيء له غير المعد لأخذ الأجرة كالملاح، والمكاري، والحجام ... ونحوهم ممن يرصد نفسه للتكسب بالعمل، فإذا عمل استحق أجرة المثل نص عليه » .

(١) كإخراجه من البحر، أو الحرق، أو وجده في مهلكة يذهب بتركه.

وقال شيخ الإسلام (في الاختيارات ص ٢٤٥) : « من استنقذ مال غيره من الهلكة ورده استحق أجرة المثل، ولو بغير شرط في أصح القولين، وهو منصوص أحمد وغيره » ونحوه عن ابن القيم.

[١] في / س بلفظ (ما لا يلتزمه)، وفي / م ، ف بلفظ (ما لم يلزمه).

دِينَاراً أَوْ اثْنَي عَشَرَ دِرْهَماً عَنْ رَدِّ الآبِقِ،

فله أجرة المثل ترغيباً، وإلا (**ديناراً أو اثني عشر درهماً**[١][٢] **عن ردِّ الآبق**) من المصر أو خارجه، روي عن عمر وعلي وابن مسعود؛ لقول ابن أبي مليكة وعمرو بن دينار أن النبي ﷺ «**جعل في رد الآبق إذا جاء به خارجاً من الحرم ديناراً**»[٣].

---

(١) وهذا هو المذهب: أن من خلص متاع غيره من هلكة فله أجرة مثله، أو رد آبقاً فله اثنا عشر درهمًا، أو ديناراً؛ لما استدل به المؤلف.
وعند الشافعية ورواية عن أحمد: أنه لا يستحق شيئاً ما لم يؤذن له؛ لعدم الالتزام بشيء. (المصادر السابقة).
وتقدم مذهب المالكية قريباً.

(٢) وهذا هو المذهب.
وعن الإمام أحمد: إن رده من خارج المصر فله أربعون درهمًا، ومن المصر عشرة.
(المغني: ٨/ ٣٢٩، والإنصاف مع الشرح الكبير: ١٦/ ١٧٧).

(٣) الأثر المروي عن عمر رضي الله عنه أخرجه ابن أبي شيبة: (٦/ ٥٤١)، البيوع، باب جعل الآبق (ح ١٩٨٢)، وابن حزم في المحلى: (٨/ ٢٠٨) من طريق الحجاج عن عمرو بن سعيد عن سعيد بن المسيب «أن عمر جعل في جعل الآبق ديناراً أو اثني عشر درهماً» وفي الإسناد الحجاج بن أرطاة وهو كثير الخطأ والتدليس، ولم يصرح بالسماع من عمرو بن سعيد. =

. . . .

. . . .

. . . .

= وأما أثر عليٍّ بن أبي طالب رضي الله عنه فأخرجه ابن أبي شيبة: (٦/ ٥٤١)، البيوع، باب جعل الآبق (ح ١٩٨٣)، وابن حزم في المحلى: (٨/ ٢٠٨)، والبيهقي: (٦/ ٢٠٠)، اللقطة، باب الجعالة، من طريق الحجاج عن حصين عن الشعبي عن الحارث عن علي، وفي الإسناد الحجاج بن أرطاة وهو ساقط، والحارث الأعور وفي حديثه ضعف.

والأثر المروي عن عبدالله بن مسعود أخرجه عبدالرزاق: (٨/ ٢٠٨ - ح ١٤٩١١)، وابن أبي شيبة: (٦/ ٥٤١ - ح ١٩٨١)، وابن حزم في المحلي: (٨/ ٢٠٨)، والبيهقي: (٦/ ٢٠٠)، من طريق سفيان الثوري عن عبدالله بن رباح عن أبي عمرو والشيباني «أن رجلاً أصاب عبداً آبقاً، فجاء به، فجعل ابن مسعود فيه أربعون درهماً». قال البيهقي: وهذا أمثل ما روى في هذا الباب.

أما ما رواه ابن أبي مليكة وعمرو بن دينار مرسلاً فأخرجه ابن أبي شيبة: (٦/ ٥٤٠ - ح ١٩٨٠)، (٦/ ٥٤٣ - ٥٤٤ - ح ١٩٩١)، وابن حزم في المحلى: (٨/ ٢٠٧).

وأخرجه البيهقي: (٦/ ٢٠٠) موصولاً من حديث عبدالله بن عمر، وفي الإسناد خصيف بن عبدالرحمن الجزري، وهو سيء الحفظ، لم يتابعه عليه أحد، وأشار البيهقي إلى ضعف رواية الوصل، وأن المحفوظ رواية الإرسال.

. . . .

وَيَرْجِعُ بِنَفَقَتِه أَيْضاً.

(ويرجع)[١] رادّ الآبق **(بنفقته أيضاً)**(١) لأنه مأذون في الإنفاق شرعاً

(١) من سيده، وكذا ما أنفق على دآبة يجوز التقاطها من قوت وعلف، ولو لم يستأذن المالك مع القدرة عليه، لكن إن نوى العامل التبرع بالنفقة، فلا يرجع على المالك.
وعند المالكية: تجب النفقة على العامل ولو استغرقت الجعل كلَّهُ، هذا إذا كان العامل معتاداً طلب الضوالّ وردها لأصحابها بعوض، ولكن يمكنه إذا كان في بلد بعيد ونفقته تستغرق الجعل أن يرفع الأمر إلى قاضي البلد ليبيع المال ويحكم له بجعله، أما إن جاء به فليس له غير الجعل الذي جعل له، أو جعل مثله، وأما إن كان العامل ليس من عادته طلب الضوال والآباق، ولم يحدث التزام بالجعل من المالك، أو كان لم يعلم به هذا العامل فإنه تجب له النفقة فقط ويرجع بها على المالك.
وعند الشافعية: تجب النفقة على المالك، لكن إن أنفق العامل بدون إذن المالك، أو القاضي، أو أن يشهد شهوداً فإنه يكون متبرعاً ولو قصد الرجوع.
(منح الجليل: ٤ / ١١، والخرشي: ٧ / ٧٥، وأسنى المطالب: ٢ / ٤٤٢، والمغني: ٨ / ٣٣٠).
قال ابن القيم في إعلام الموقعين (٢ / ٢٠٦): «ومتى كان العمل في مال الغير إنقاذاً له من التلف كان جائزاً، كذبح الحيوان المأكول إذا خيف موته، ولا يضمن ما نقص بذبحه، ولهذا جاز ضمُّ اللقطة وردُّ الآبق وحفظ الضالة حتى إنه يحسب ما ينفقه على الضالة والآبق .. فلو علم المتصرف لحفظ مال أخيه أن نفقته تضيع وإحسانه يذهب باطلاً في حكم الشرع لما أقدم على ذلك ...» اهـ.

[١] في / س بلفظ (أو رجع).

. . . .

لحرمة النفس ومحله إن لم ينو التبرع ولو هرب منه في الطريق(١)، وإن مات السيد رجع في تركته(٢) وعلم منه جواز أخذ الآبق لمن وجده(٣)

---

(١) فإنه يستحقُّ الرجوع بالنفقة بنية الرجوع، لا في الجعل قبل تسليمه؛ لأنه لم يتمَّ العمل، وباتفاق القائلين بالجعالة يشترط لاستحقاق العامل الجعل أن يتمَّ العامل العمل، فلو مات العبد الآبق، وتلف المال المردود، أو غصب من يد العامل لم يستحق شيئاً.
وعند المالكية: إن أفلت الحيوان من يد العامل وهرب، ثم جاء به آخر من غير عقد من عادته ردُّ الضوال والآباق بعوض، فالجعل للثاني إن جاء به من مكان بعيد، أو من مكانه الذي جاء به الأول، فإن جاء به من مكان قريب من الجاعل، أو قبل أن يصل إلى مكان الأول فالجعل بينهما بالنسبة. (المصادر السابقة).

(٢) في الشرح الكبير مع الإنصاف (١٦ / ١٨١): «وبهذا قال أبو حنيفة. وقال أبو يوسف: إن كان الذي ردَّهُ من ورثه المولَى سقط الجعل. ولنا: أن هذا عوض عنْ عمله، فلا يسقط بالموت كالأجر في الإجارة، وكما لو كان من غير ورثة المولى» ا.هـ.

(٣) في المغني (٨ / ٣٣١): «ويجوز أخذ الآبق لمن وجده، وبه قال مالك، والشافعي، وأصحاب الرأي، ولا نعلم فيه مخالفاً؛ لأن العبد الآبق لا يؤمن من لحاقه بدار الحرب وارتداده، واشتغاله بالفساد في البلاد ...».

. . . .

. . . .

وهو أمانة بيده[١]، ومن ادَّعاه فصدقه العبد أخذه[٢]، فإن لم يجد سيده دفعه إلى الإمام أو نائبه ليحفظه لصاحبه، وله بيعه لمصلحة[٣]، ولا يملكه ملتقطه بالتعريف كضوال الإبل[٤]، وإن باعه ففاسد[٥].

---

(١) باتفاق القائلين بالجعالة على أن يد العامل على ما وقع في يده من مال الجاعل أمانة ولا ضمان عليه، إلا أن قصر فيحفظه.

(بلغة السالك: ٢/٢٥٧، ونهاية المحتاج: ٤/٣٤٨، والمغني: ٨/٣٣١).

(٢) بشرط أن يكون العبد مكلفاً؛ لأنه إذا استحق أخذه بوصفه إياه، فبتصديقه على أنه مالكه أولى، هذا إن لم يكن له بينة، فإن أقام بينة أنه له دفعه إليه.

(٣) في المغني (٨/٣٣١): «فإن لم يجد سيده دفعه إلى الإمام أو نائبه، فيحفظه لصاحبه، أو يبيعه إن رأى المصلحة فيه، ونحوه قول مالك وأصحاب الرأي، ولا نعلم لهم مخالفاً» ا.هـ.

وإذا باعه حفظ ثمنه لصاحبه.

(٤) لأن العبد يتحفظ بنفسه، فهو كضوال الإبل. (المصدر السابق).

(٥) أي إن باعه ملتقطه لغير مصلحة فبيعه فاسد في قول عامة أهل العلم. (المصدر السابق).

* * *

. . . .

بـاب اللقطة

باب اللقطة(١)

اللقطة: بضم اللام [١وفتح القاف، ويقال: لُقاطة بضم اللام، ولَقَطة بفتح اللام والقاف١](٢).

---

(١) أي باب بيان أحكام الملتقط.

(٢) في المطلع (ص: ٢٨٢): «اللقطة: اسم لما يلقط، وفيها أربع لغات؛ نظمها شيخنا أبو عبدالله بن مالك فقال:

لُقَاطَةٌ، ولُقْطَةٌ، ولُقَطَه ولَقَطٌ ما لا قِطٌ قد لَقَطَه

فالثلاث الأول بضم اللام، والرابعة: بفتح اللام والقاف ...».

وفي المصباح (٢/٥٥٧): «لقطت الشيء لقطاً من باب قتل أخذته من حيث لا يحس فهو ملقوط ... والتقطت الشيء: جمعته، ولقطت العلم من الكتب لقطاً أخذته من هذا الكتاب ومن هذا الكتاب، وقد غلب اللقيط على المولود المنبوذ، واللقاطة بالضم ما التقطت من مال ضائع ... واللقطة: وزان رطبة، قال الأزهري: اللقطة بفتح القاف: اسم الشيء الذي يجده ملقى فتأخذه، قال وهذا قول جميع أهل اللغة وحذاق النحويين، وقال الليث: هي بالسكون ولم أسمعه لغيره ... ومنهم من يعد السكون من لحن العوام» ا.هـ. (وانظر لسان العرب: ٧/٣٩٢).

وفي تهذيب الصحاح (٢/٤٦٤): «وتطلق اللقطة بفتح القاف على الرجل اللقاطة للأشياء».

ومن تعاريف الحنيفة: «مال معصوم معرض للضياع». =

---

[١] ساقط من / هـ.

وَهِيَ مَالٌ أَوْ مُخْتَصٌّ ضَلَّ عَنْ رَبِّهِ،

(**وهي: مال**[١] **أو مختص**[٢] **ضل عن ربه**)، قال بعضهم[٣]: وهي مختصة بغير الحيوان ويسمى ضالة[٤].

= ومن تعاريف المالكية: «مال معصوم أخذ من مكان خيف عليه الضياع».

ومن تعاريف الشافعية: «ما وجد من حق محترم غير محرز، لا يعرف الواجد مستحقه».

(ينظر: حاشية رد المحتار: ٤ / ٢٧٦، وحاشية ابن عرفة على الشرح الكبير: ٤ / ١٣٩، وشرح منهج الطلاب: ٣ / ٢٢٢).

مسألة: والأصل في الالتقاط: السنة؛ كما في حديث زيد بن خالد ـ رضي الله عنه ـ وغيره كما يأتي، والإجماع. (ينظر المصادر السابقة، والمحلى: ٨ / ٢٦١).

والحكمة من مشروعية اللقطة: حفظ متاع الناس وأموالهم، وتعويد أفراد المجتمع على الأمانة، والتكافل.

(١) كنقد ومتاع، ونحوه من الأموال.

(٢) كالكلب المعلم وجلد الميتة، ونحوهما.

(كشاف القناع: ٤ / ٢٠٩، وشرح المنتهى: ٢ / ٤٧١).

(٣) الجوهري.

(٤) في المطلع (ص: ٢٨٢): «الضوال: جمع ضالة، قال الجوهري: لا يقع إلا على الحيوان، فأما الأمتعة فيقال لها لقطة، ويقال للضوال: الهوامي والهوافي، والهوامل».

وَتَتَبَّعَهُ هِمَّةُ أَوْسَاطِ النَّاسِ، فَأَمَّا الرَّغِيفُ وَالسَّوْطُ وَنَحْوُهُمَا فَيُمْلَكُ بِلاَ تَعْرِيفٍ،

(و)[١] يعتبر فيما يجب تعريفه أن (**تتبعه همة أوساط الناس**)(١) بأن يهتموا في طلبه(٢)، (**فأما الرغيف والسوط**) وهو الذي يضرب به، وفي «شرح المهذب»: هو فوق القضيب ودون العصا (**ونحوهما**) كشسع النعل(٣)، (**فيملك**) بالالتقاط (**بلا تعريف**)، ويباح الانتفاع به(٤)، لما

---

(١) وعبر بأوساط الناس؛ لأن أشرافهم لا يهتمون بالشيء الكبير، وأسقاطهم قد تتبع هممهم الرذيل الذي لا يؤبه له، وهو يختلف باختلاف العرف.

(٢) وهذا هو القسم الأول من أقسام اللقطة.

قال ابن قدامة في المغني (٨/ ٢٩٦): «ولا نعلم خلافاً بين أهل العلم في إباحة أخذ يسير اللقطة والانتفاع به ....».

ودليل جواز الانتفاع باليسير، وعدم وجوب تعريفه: ما رواه أنس ـ رضي الله عنه ـ قال: «مرَّ النبي ﷺ بتمرة في الطريق، قال: «**لولا أني أخاف أن تكون من الصدقة لأكلتها**» رواه البخاري.

وفي مصنف عبدالرزاق (١٠/ ١٤٤): «أن عمر ـ رضي الله عنه ـ مرَّ بتمرة في الطريق فأكلها» وروى أيضاً عن ابن عمر نحوه.

وإذا جاء صاحبها ووجدها في يد الملتقط قبل أن يستهلكها دفعها إليه؛ لقوله ﷺ: «**من وجد عين ماله فهو أحق بها**» متفق عليه.

(المبسوط: ١٠/ ٢، وفتح القدير: ٤/ ٤٢٦).

(٣) السير الذي يدخل بين الأصبعين.

(٤) في الحال، وتقدم قريباً قول الموفق «بلا خلاف».

---

[١] في / ط بلفظ (يعتبر) بدون الواو.

وَمَا امْتَنَعَ مِنْ سَبُعٍ صَغِيرٍ

روى جابر قال: «**رخص رسول الله ﷺ في العصا والسوط والحبل يلتقطه الرجل ينتفع به**»(١) رواه أبو داود، وكذا التمرة والخرقة وما لا خطر له ولا يلزمه دفع[١] بدله(٢) (**وما امتنع من سبع صغير**)(٣) كذئب(٤)،

---

(١) أخرجه أبو داود: (٢ / ٣٣٩) اللقطة (ح ١٧١٧)، وابن عدي في الضعفاء: (٦ / ٢٣٥٣)، والبيهقي: (٦ / ١٩٥) اللقطة، باب ما جاء في قليل اللقطة، من طريق المغيرة بن زياد عن أبي الزبير المكي عن جابر ابن عبدالله مرفوعاً، وفي إسناده المغيرة بن زياد البجلي، وله أوهام، ولم يتابعه أحد في رواية الرفع، كما أن في الإسناد أبا الزبير المكي وهو مدلس وقد رواه بالعنعنة.

وأشار أبو داود ـ عقب روايته للحديث ـ إلى أنه روى موقوفاً من طريق شبابة عن مغيرة بن مسلم عن أبي الزبير عن جابر، وقال البيهقي: «في رفع هذا الحديث شك وفي إسناده ضعيف».

(٢) وتقدم قريباً أنه إذا جاء صاحبها قبل أن تستهلك وجب على الملتقط دفعها إليه.

(٣) وهذا القسم الثاني من أقسام اللقطة، وهو ما يحرم التقاطه، وهو نوعان:

الأول: الضوال، وهو كل ما يتحفظ بنفسه من الحيوانات ويمتنع من صغار السباع إما لكبر جثته أو سرعة عدوه أو لطيرانه، أو لنابه. فيحرم أخذه؛ لما استدل به المؤلف.

(٤) وثعلب، وابن آوى، وولد الأسد.

---

[١] في / هـ بلفظ (رد).

كَثَوْرٍ وَجَمَلٍ وَنَحْوِهِمَا حَرُمَ أَخْذُهُ،

ويرد الماء(١) **(كثور وجمل ونحوهما)** كالبغال والحمير(٢) والظباء والطيور والفهود، ويقال لها: الضوال والهوامي[١] والهوامل **(حرم أخذه)**

---

(١) لقوله ﷺ في حديث زيد بن خالد الجهني: «**ترد الماء وتأكل الشجر**» متفق عليه.

(٢) أما الإبل والخيل والبغال فلكبر جثتها.

وفي الشرح الكبير مع الإنصاف (١٦/ ١٩٥): «والبقر كالإبل نص عليه أحمد، وهو قول الشافعي، وحكي عن مالك: أن البقرة كالشاة.

ولنا خبر جرير فإنه طرد البقرة ولم يأخذها، ولأنها تمتنع من صغار السباع، وتجزئ في الأضحية عن سبعة كالإبل».

وأما الحمير، فقال الموفق في المغني (٨/ ٣٤٤): «جعلها أصحابنا من هذا القسم الذي لا يجوز التقاطه لكبر جسمها كالخيل والبغال، والأولى إلحاقها بالشاة؛ لأن النبي ﷺ علل الإبل بأن معها سقاءها والحمر مساوية للشاة في علتها، فإنها لا تمتنع من الذئب وتفارق الإبل في علتها، لكونها لا صبر لها على الماء، وإلحاق الشيء بما ساواه في علة الحكم وفارقه في الصورة أولى من إلحاقه بما قاربه في الصورة، وفارقه في الحكم» ا.هـ.

وأما الفهود فلأنيابها، وأما الظباء فلسرعة عَدْوِها، وأما الطيور فلطيرانها. ولا يلتقط الطير والظباء ونحوها إذا أمكن صاحبها إدراكها.

---

[١] في / م، ف بلفظ (والهومي).

. . . .

لقوله عليه السلام لما سئل عن ضالة الإبل: «**مالك ولها؟**[١] **معها سقاؤها وحذاؤها**[٢]، **ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها**»[٣] متفق عليه.

---

(١) استفهام إنكار.

(٢) سقاؤها: جوفها، وحذاؤها: خفها، والمراد شدة صبرها عن الماء، لكثرة ما توعي في بطونها منه، وقوتها على وروده. (ينظر النهاية ١ /٣٥٧). (الشرح الكبير مع الإنصاف: ٦ / ١٩٥).

(٣) ولأحمد وغيره مرفوعاً: «لا يأوى الضالة إلا ضال».

وفي الإنصاف مع الشرح الكبير (١٦ / ١٩٤): «ومنها يجوز للإمام ونائبه أخذ ما يمتنع من صغار السباع وحفظه لربه ولا يلزمه تعريفه قاله الأصحاب .. وقال المصنف - أي ابن قدامة - يجوز أخذها إذا خيف عليها كما لو كانت في أرض مسبعة، أو قريباً من دار الحرب، أو بموضع يستحل أهله أموال المسلمين، أو في برية لا ماء فيها ولا مرعى ولا ضمان على آخذها لأنه إنقاذ من الهلاك، قال الحارثي: وهو كما قال. قلت: لو قيل بوجوب أخذها، والحالة هذه لكان له وجه.

ومنها: قطع المصنف والشارح بجواز التقاط الصيود المتوحشة التي إذا تركت رجعت إلى الصحراء بشرط أن يعجز عنها صاحبها ... وظاهر ما قدمه في الفروع: عدم الجواز قلت وهو ضعيف» ا.هـ.

أخرجه البخاري: (١ / ٣١) العلم، باب الغضب في الموعظة والتعليم، (٣ / ٧٩) المساقاة، باب شرب الناس وسقي الناس من الأنهار، (٣ / ٩٣، ٩٥، ٩٦) اللقطة، باب ضالة الإبل، وباب ضالة الغنم، وباب إذا لم يوجد صاحب اللقطة بعد سنة فهي لمن وجدها، وباب إذا جاء =

. . . .

. . . .

وقال عمر: «**من أخذ الضالة فهو ضال**»[١]، أي مخطئ، فإن أخذها ضمنها[٢]، وكذا نحو حجر طاحون وخشب كبير[٣].

= صاحب اللقطة بعد سنة ردها عليه، وباب من عرف اللقطة، (٦/١٧٤) الطلاق، باب حكم المفقود في أهله وماله، (٧/٩٨، ٩٩) الأدب، باب ما يجوز من الغضب، مسلم: (٣/١٣٤٦ - ١٣٤٩) اللقطة (ح ١-٧) من حديث زيد بن خالد الجهني.

(١) أخرجه مالك في الموطأ: (٣/٧٥٩) الأقضية، باب القضاء في الضوال (ح ٥٠)، عبدالرزاق: (١٠/١٣٣ - ح ١٨٦١٢)، وابن أبي شيبة: (٦/٤٦٥) البيوع، باب من كره أخذ اللقطة (ح ١٧١٤)، والبيهقي: (٦/١٩١) اللقطة، باب ما يجوز له أخذه من طريق يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب، وإسناده صحيح.

(٢) فإن كتمها حتى تلفت فالمذهب: تضمن بقيمتها مرتين لحديث أن النبي ﷺ قال في الضالة المكتومة: «غرامتها، ومثلها معها». رواه أبو داود وعبدالرزاق والبيهقي، عن أبي هريرة رضي الله عنه، وفي إسناده عمرو بن مسلم الجندي وهو ضعيف، وفي الباب آثار عن بعض الصحابة. (الإنصاف مع الشرح الكبير: ١٦/١٩٦).

(٣) وهذا هو النوع الثاني مما يحرم التقاطه ما يتحفظ بنفسه ولا يبرح عن مكانه من الأموال كما مثل المؤلف وكمثل القدور والآلات ونحو ذلك فهو كالإبل في تحريم أخذه، بل أولى؛ لأن الإبل معرضة للتلف في الجملة بالأسد والجوع والعطش وغير ذلك، وهذه بخلافها. (المصدر السابق).

. . . .

وَلَهُ التِقَاطُ غَيْرِ ذَلِكَ مِنْ حَيَوَانٍ وَغَيْرِهِ، إنْ أَمِنَ نَفْسَهُ عَلَى ذَلِكَ،

(**وله التقاط غير ذلك**) أي: غير ما تقدم[١] من الضوال ونحوها(١) (**من حيوان**) كغنم وفصلان(٢) وعجاجيل(٣) وأفلاء،[٢] (**وغيره**) كأثمان ومتاع(٤) (**إن أمن نفسه على ذلك**) وقوي على تعريفها(٥) لحديث زيد بن خالد الجهني قال: سئل النبي ﷺ عن لقطة الذهب والورق فقال: «**اعرف وكاءها وعفاصها**(٦) **ثم عرِّفها**

---

(١) وهذا هو القسم الثالث من أقسام اللقطة: وهو ما يشرع التقاطه ويشمل ما لا يمتنع من صغار السباع، وما لا يتحفظ بنفسه من الأموال.

(٢) في المصباح (٢ / ٤٧٤): «الفصيل: ولد الناقة؛ لأنه يفصل عن أمه؛فهو فعيل بمعنى مفعول، والجمع فصلان بضم الفاء وكسرها، وقد يجمع على فصال» ا.هـ.

(٣) في المصباح (٢ / ٣٩٤): «العجل: ولد البقرة ما دام له شهر، وبعده يتنقل عن الاسم، والأنثى عجلة، والجمع عجول» ا.هـ.

(٤) الأثمان: الذهب والفضة، والمتاع: نحو الثوب، والقدر الصغير، والكتاب، ونحو ذلك وكمريض من كبار إبل سواء وجد ذلك بمصر، أو بمهلكة لم ينبذه ربه رغبة عنه.

(٥) ولا يضمن إن تلفت بلا تعد ولا تفريط، وإن تعدى أو فرط ضمن.

(٦) في المصباح (٢ / ٦٧٠): «الوكاء، مثل كتاب: حبل يشد به رأس القربة»، (٢ / ٤١٨): «العفاص: الوعاء الذي تكون فيه النفقة من جلد أو خرقة، أو غير ذلك».

---

[١] مما يمتنع من السبع الصغير.

[٢] الأفلاء بالمد جمع فلو كوعد أو سحز، وهو الجحش الصغير من الجحوش كما في المنتهى. ا.هـ حاشية / ز.

. . . .

سنة(١)، **فإن لم تعرف فاستنفقها**(٢). **ولتكن وديعة عندك**(٣) **فإن جاء طالبها يومًا من الدهر فادفعها إليه**»(٤)، وسأله عن الشاة فقال: «**خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب**»(٥) متفق عليه مختصراً(٦)، «**والأفضل تركها**»(٧). روي عن ابن عباس وابن عمر.

---

(١) أي اذكرها للناس في مظان اجتماعهم من الأسواق، وأبواب المساجد والمجامع ونحو ذلك سنة، ويأتي.

(٢) وفي لفظ: «**إن جاء صاحبها فادفعها إليه، وإلا فشأنك بها**».

(٣) أي أمانة مدة الحول.

(٤) وفي لفظ: «**فإن جاء صاحبها فأعطها إياه**». أي: إذا وصفها بالصفات التي اعتبرها الشارع.

(٥) فالحديث دليل على جواز أخذها؛ كأنه قال: هي ضعيفة لعدم الاستقلال، معرضة للهلاك مترددة بين أن تأخذها أنت، أو أخوك، أو يأكلها الذئب، بل حثه على أخذها؛ لأنه إذا علم أنها إن لم يؤخذ بقيت للذئب. (حاشية ابن قاسم: ٥/ ٤٠٩).

الحديث تقدم تخريجه بألفاظ متعددة من حديث زيد بن خالد الجهني.

(٦) أي لم يسقه بتمامه، وإن ساق المقصود منه.

(٧) روي عن ابن عباس أنه كان يقول: «**لا ترفع اللقطة، لست منها في شيء**»، وقال: «**تركها خير من أخذها**» أخرجه عبدالرزاق: (١٠/ ١٣٧-١٣٨ / ح ١٨٦٢٤)، وابن أبي شيبة: (٦/ ٤٦٢-٤٦٣)=

. . . .

وَإِلاَّ فَهُوَ كَغَاصِبٍ،

(**وإلا**) يأمن نفسه عليها (**فهو كغاصب**)[١] فليس له أخذها لما فيه

= البيوع، باب من كره أخذ اللقطة (ح١٧٠٤)، والبيهقي: (٦/١٩٢) اللقطة، باب تعريف اللقطة، من طريق قاموس بن أبي ظبيان عن أبيه عن ابن عباس.

أما الأثر المروي عن ابن عمر، فأخرج عبدالرزاق في المصنف: (١٠/١٣٧ - ح ١٨٦٢٣) من طريق سالم: أن رجلاً وجد لقطة، فقال له ابن عمر: قد كنت ترى مكانها ألا تأخذها.

وأخرجه ابن أبي شيبة: (٦/٤٦٤) البيوع، باب من كره أخذ اللقطة (ح ١٧١١) من طريق سفيان أن عبدالله بن دينار قال: قلت لابن عمر: وجدت لقطة، قال: ولم أخذتها؟

وأخرجه مالك: (٢/٧٥٨) الأقضية (ح ٤٨)، والشافعي في الأم: (٤/٦٩)، والبيهقي: (٦/١٨٨) من طريق نافع: أن رجلاً وجد لقطة، فجاء إلى عبدالله بن عمر، فقال له: لا آمرك أن تأكلها، ولو شئت لم تأخذها.

(١) لحكم اللقطة أحوال:

الحال الأولى: أن يعلم أمانة نفسه، ويخاف عليها من الضياع، ففي هذه الحال يجب عليه الالتقاط، باتفاق الأئمة؛ لقوله تعالى: ﴿**وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ**﴾ وإذا كان وليًّا لأخيه المسلم وجب عليه حفظ ماله.

الحال الثانية: أن يعلم خيانة نفسه، فباتفاق الأئمة يحرم عليه أخذها؛ لأنه بأخذه لها يكون قد تعدى على مال الغير. =

. . . .

. . . .

من تضييع مال غيره[١]، ويضمنها إن تلفت فرط أو لم يفرط ولا يملكها، وإن عرفها[٢] ومن أخذها ثم ردها إلى موضعها[٣] أو فرط

= **الحال الثالثة**: ما عدا هاتين الحالتين، فعند الحنفية: يباح أخذها، لكن يكره إذا لم يأمن على نفسه القيام بتعريفها.

وعند المالكية: يكره الالتقاط إذا لم يخف عليها خائناً، سواء علم أمانة نفسه أو شك فيها.

وعند الشافعية: يستحب الالتقاط إذا كان واثقاً أمانة نفسه عليها.

وعند الحنابلة: الأفضل ترك الالتقاط.

(ينظر: حاشية رد المحتار: ٤/٢٧٦، والشرح الصغير وحاشيته: ٤/١٧٠، ونهاية المحتاج: ٥/٤٢٤، والكافي لابن قدامة: ٣/٣٥٢، وشرح المنتهى: ٢/٤٧٤).

(١) فهو كإتلافها، وكما لو نوى تملكها في الحال أو كتمانها.

(٢) وفي الشرح الكبير مع الإنصاف (١٦/٢٠٦): «ويحتمل أنه يملكها؛ لأن ملكها بالتعريف والالتقاط وقد وجدا، كما إذا دخل ملك غيره بغير إذنه فاصطاد أو احتش منه ملك الصيد والحشيش، وإن كان دخوله محرماً، ولأن عموم النص يتناول هذا الملتقط فيثبت حكمه فيه».

(٣) فالمذهب، ومذهب الشافعية: أنه إذا ردها إلى موضعها يضمن، إلا أن يكون ذلك بإذن الإمام أو نائبه؛ لأنها أمانة حصلت في يده، فلزمه حفظها كسائر الأمانات.

وعند الحنفية: لايخلو الأمر من حالين: =

. . . .

. . . .

فيها ضمنها[١]، ويخير في الشاة ونحوها[٢] بين ذبحها.

= **الحال الأولى**: أن يكون قد أخذها ليحفظها ويعرفها، ثم يردها إلى صاحبها، فإذا ردها إلى مكانها لا ضمان عليه؛ لأن أخذها لتعريف لم يكن سبباً للضمان، وكذا ردها إلى مكانها؛ لأنه نسخ لفعله كرد الوديعة والمغصوب إلى مالكهما.

الحال الثانية: أن يأخذها لنفسه، ثم يردها إلى مكانها فيضمن؛ لأن أخذها لنفسه موجب للضمان، وبعد وجوب الضمان لا يبرأ إلا بالرد على المالك كالغاصب.

وعند المالكية: إن أخذها لأجل الحفظ والتعريف فردها ضمن.

وإن أخذها ليتأملها أو ليسأل جماعة عنها فإن ردها في مكانها أو بالقرب فلا ضمان، وإلا ضمن.

وإن أخذها بنية الخيانة،وردها إلى مكانها فيضمن لوجوب ردها إلى صاحبها.

(المبسوط: ١١/ ١٣، وبدائع الصنائع: ٨/ ٣٨٦٨، وشرح الخرشي: ٧/ ١٢٦، والشرح الصغير: ٤/ ١٧٣، ومغني المحتاج ٢/ ٤١١، ومنار السبيل: (١/ ١٦٥).

(١) كسائر الأمانات، إلا أن يكون ردها بإذن الإمام أو نائبه كما تقدم.

(٢) مما يجوز التقاطه من صغار السباع كفصلان، وعجاجيل، وأفلاء، ودجاج، ونحو ذلك، ويلزمه فعل الأصح؛ إذ القاعدة: أن من اختار لغيره؛ فخياره خيار مصلحة، ومن اختار لنفسه؛ فخياره خيار تشهٍ.

. . . .

وَيُعَرِّفُ الـجَمِيعَ فِي

وعليه القيمة[١] أو بيعها ويحفظ ثمنها[٢] أو ينفق عليها من ماله بنية الرجوع[٣]، وما يخشى فساده له بيعه وحفظ ثمنه[٤] أو أكله بقيمته أو تجفيف ما يمكن تجفيفه[٥].

(**ويُعرِّفُ الجميع**)[٦] وجوباً لحديث زيد السابق[٧] نهاراً (**في**

---

(١) أي ذبح الشاة ونحوها، وعليه قيمتها في الحال، وفي الشرح الكبير مع الإنصاف (١٦/ ٢١٨): «قال ابن عبدالبر: أجمعوا على أن ضالة الغنم في الموضع المخوف عليها له أكلها».

(٢) ولو بلا إذن الإمام؛ لأنه إذا جاز أكلها بلا إذنه فبيعها أولى.
وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات: «وإذا باع الملتقط اللقطة بعد الحول فالأشبه أنَّ المالك لا يملك انتزاعها من المشتري مجاناً».

(٣) فإن نوى الرجوع رجع، وإن نوى التبرع لم يرجع، وإن لم ينو شيئاً، فالأقرب: أنه يرجع.

(٤) أي وما يخشى فساده بإبقائه كخضروات وفواكه، ونحوها فللملتقط بيعه بلا حكم حاكم، وحفظ ثمنه لصاحبه.

(٥) كعنب، وغرامة التجفيف منه، ويفعل ما يرى الأحظ فيه، وإن تركه حتى تلف ضمنه.

(٦) فوراً؛ لأنه مقتضى الأمر سواء كان الملتقط حيواناً، أو أثماناً، أو متاعاً، وسواء التقطه تملكاً، أو حفظاً لربه.

(٧) وهو قوله ﷺ: «**ثم عرفها سنة**».

مَجَامِعِ النَّاسِ غَيْرِ الـمَسَاجِدِ حَوْلاً،

مجامع الناس) كالأسواق وأبواب المساجد في أوقات الصلوات[١][٢]، لأن المقصود إشاعة ذكرها وإظهارها ليظهر عليها صاحبها **(غير المساجد)** فلا تعرف فيها[٣]، **(حولاً)** كاملاً[٤] روي عن عمر وعلي

---

(١) في الإنصاف مع الشرح (١٦ / ٢٢٧): «وهذا بلا نزاع في الجملة».

(٢) أدبار الصلوات فيتحرى مجامع الناس.

(٣) لأنها لم تبن لهذا، وأمر عمر - رضي الله عنه - بتعريف اللقطة على باب المسجد، وذكر القسطلاني: لعله إذا وقع التعريف برفع الصوت؛ لحديث: «**من سمع رجلاً ينشد ضالة في المسجد فليقل لا ردها الله عليك**» أما لو سأل الجماعة في المسجد بدون ذلك، فلا تحريم ولا كراهة.

(٤) وهذا هو المذهب، ومذهب مالك والشافعي؛ لحديث زيد بن خالد الجهني، ولأن السنة لا تتأخر عنها القوافل، ويمضي فيها الزمان الذي تقصد فيه البلاد من الحر والبرد، والاعتدال فصلحت قدراً.

وعند أبي حنيفة: التفريق بين القليل والكثير، فإن كانت أقل من عشرة دراهم عرفها أياماً حسب ما يرى أنها كافية للإعلام، وإن كانت عشرة فصاعداً عرفها حولاً؛ لأن التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوي ألف درهم.

(فتح القدير: ٦ / ١٢٢، والمدونة: ٦ / ١٧٣، ومغني المحتاج: ٢ / ٤١٣، والمغني ٨ / ٢٩٢).

وَيَمْلِكُهُ بَعْدَهُ

وابن عباس عقب الالتقاط[١]، لأن صاحبها يطلبها إذاً كل يوم أسبوعاً ثم عرفاً[٢]. وأجرة المنادي على الملتقط[٣]. (**ويملكه بعده**) أي بعد

---

(١) وإن أخر التعريف أثم، ولم يملكها به.
الأثر المروي عن عمر في تعريف اللقطة سنة واحدة أخرجه مالك: (٢/ ٧٥٧- ٥٧٨) الأقضية، (ح ٤٧)، والشافعي في الأم: (٤/ ٦٩)، وعبدالرزاق في المصنف: (١٠/ ١٣٦، ١٣٧، ١٣٩ - ح ١٨٦١٨، ١٨٦٢١، ١٨٦٣٠)، وابن أبي شيبة: (٦/ ٤٥٢، ٤٥٣، ٤٦٢) البيوع، (ح ١٦٧٧، ١٦٧٨، ١٠٧٣)، وابن حزم في المحلى: (٨/ ٢٦٦)، والبيهقي: (٦/ ١٨٧، ١٩٣) اللقطة.
وأما أثر علي - رضي الله عنه - فأخرجه ابن أبي شيبة: (٦/ ٤٥١، ٤٥٢) البيوع، باب في اللقطة ما يصنع بها؟ (ح ١٦٧٥).
وأما أثر عبدالله بن عباس؛فأخرجه ابن أبي شيبة: (٦/ ٤٤٩ - ح ١٦٧٠).
(٢) وفي الإنصاف مع الشرح الكبير (١٦/ ٢٢٧): «قال في الترغيب والتلخيص والرعاية وغيرهم: ثم مرة في كل أسبوع من شهر، ثم مرة في كل شهر. وقيل: على العادة بالنداء، وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب، قلت: وهو الصواب، ويكون ذلك على الفور، وقيل: يعرفها بقرب الصحراء إذا وجدها فيها، قال في الرعاية: قلت: في أقرب البلدان منه».
ولا يذكر صفتها، بل يُجمل فيقول: من ضاع منه شيء، أو نفقة، ونحو ذلك؟ لأنه قد يدعيها بعض من سمع صفاتها فتضيع على مالكها.
(٣) وهذا هو المذهب: وعند المالكية: أن الأجرة تكون من اللقطة. =

حُكْماً،

التعريف (**حكماً**) أي من غير اختيار كالميراث[١] غنيًّا كان أو فقيراً[٢]

= وعند الشافعية: إن أخذها ليحفظها على مالكها لا تلزمه مؤنة التعريف، بل من بيت المال، أو يقترض على المالك، وإن أخذها للتمليك لزمة مؤنة التعريف.

(حاشية الدسوقي: ٤ / ١٢٠، ومغني المحتاج: ٢ / ٤١٢).

(١) وهذا هو المذهب لما تقدم من قوله ﷺ: «**فاستنفقها**»، وفي لفظ: «**فهي كسبيل مالك**»، وفي لفظ: «**ثم كلها**»، ولأن الالتقاط والتعريف سبب للملك فإذا نما وجب الملك حكماً كالإحياء.

وعند الحنفية: إن لم يجئ صاحبها، فالملتقط بالخيار إن شاء أمسكها حتى يجيئ صاحبها، وإن شاء تصدق بها.

وعند المالكية: أن الملتقط مخير بين حفظها لصاحبها، أو أكلها، أو الصدقة بها.

(المبسوط: ١٠ / ٧، والكافي لابن عبدالبر: ٢ / ٨٣٦، وروضة الطالبين: ٥ / ٤٠٧، والمغني: ٨ / ٣٠٠).

وعند الشافعية: أن اللقطة لا تدخل ملك الملتقط حتى يختار التملك بلفظ يدل على الملك كتملكت ما التقطته، والأخرس تكفى إشارته المفهومة كسائر عقوده.

(٢) مسلماً أو كافراً، عدلاً أو فاسقاً يأمن على نفسه، ويضم إلى الكافر والفاسق أمين في تعريفهاو حفظها ويأتي قريباً.

. . . .

لَكِنْ لاَ

لعموم ما سبق(١)(٢)، ولا يملكها بدون تعريف(٣)، (لكن[١] لا

---

(١) من قوله ﷺ: «**فإن لم تعرف فاستنفقها**»، وقوله: «**خذها هي لك ..**».

(٢) وهذا هو المذهب وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما استدل به المؤلف.

وعند أبي حنيفة: لا يجوز تملك اللقطة لمن لا تحل له الصدقة كالغني، والهاشمي، ونحو ذلك. (المصادر السابقة).

(٣) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما روى عياض بن حمار - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «**من وجد لقطة فليشهد ذا عدل، أو ذوي عدل، ولا يكتم ولا يغيب، فإن وجد صاحبها فليردها عليه، وإلا فهو مال الله عز وجل يؤتيه من يشاء**» رواه أبو داود بإسناد صحيح.

واستثنى الشافعية من جواز التملك الحالات الآتية:

(أ) اللقطة التي دفعها للحاكم، وترك التعريف والتملك، ثم ندم وأراد أن يعرف ويتملك، فلا يمكنه؛ لأنه أسقط حقه.

(ب) أخذ اللقطة للخيانة.

(جـ) لقطة الحرم، وتأتي. (المصادر السابقة).

مسألة: لقطة الحرم: المذهب، ومذهب المالكية والحنفية: أن لقطة الحرم والحل سواء؛ لعموم قوله ﷺ: «**اعرف عفاصها ووكاءها، ثم عرفها سنة، فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها**» ولأن حرم مكة أحد الحرمين فأشبه حرم المدينة، ولقطة حرم المدينة كغيرها من البلاد. =

. . . .

يَتَصَرَّفَ فِيهَا قَبْلَ مَعْرِفَةِ صِفَاتِهَا،

يتصرف فيها قبل معرفة صفاتها)[١] أي حتى يعرف وعاءها ووكاءها[٢] وقدرها وجنسها وصفتها، ويستحب ذلك عند وجدانها[٣] والإشهاد

= وعند الشافعية ورواية عن الإمام أحمد: أنه لا يجوز أخذ لقطة الحرم للتملك، وإنما يجوز التقاطها لتحفظ لصاحبها، وتعرَّف حتى ترد إليه مهما طال الأمد؛ لحديث ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ وفيه قوله ﷺ: «**ولا تحل ساقطتها إلا لمنشد**» متفق عليه، ولما ثبت في صحيح مسلم أن النبي ﷺ «**نهى عن لقطة الحاج**».

قال ابن القيم في زاد المعاد (٣/٤٥٣): «فيه دليل على أن لقطة الحرم لا تملك بحال، وأنها لا تلتقط إلا للتعريف لا للتملك، وإلا لم يكن لتخصص مكة بذلك فائدة أصلاً».

(فتح القدير: ٥/٣٥٦، وشرح الخرشي: ٧/١٢٥، والمهذب: ١/٤٣٦، وكشاف القناع: ٤/٣٤٣، وفتح الباري: ٥/٨٨، ومرقاة المفاتيح: ٣/٢٦٧، وشرح الأبي: ٣/٤٥٠).

(١) لأمره ﷺ بذلك، والأمر يقتضي الوجوب.

(٢) الوكاء: الخيط الذي تشد به. (المنتقى: (٦/١٣٦).

(٣) لحديث زيد بن خالد الجهني، وفيه قوله ﷺ: «**اعرف وكاءها وعفاصها**».

وفي المغني (٨/٣٠٨): «تجب حالة الأخذ وجوباً موسعاً، وحالة إرادة التصرف وجوباً مضيقاً».

. . . .

فَمَتَى جَاْءَ طَالِبُهَا فَوَصَفَهَا لَزِمَ دَفْعُهَا إِلَيْهِ،

عليها[١]، (**فمتى جاء طالبها فوصفها لزم دفعها إليه**) بلا بينة[٢] ولا

---

(١) عند الحنفية والحنابلة: لا يذكر صفاتها عند الإشهاد، بل يقول: إني التقطت لقطة، أو عندي لقطة ونحو ذلك، لأنه إذا ذكر صفاتها قد يدعيها من لا يستحقها.
وعند الشافعية: يشهد على صفاتها حتى لو مات لا يتملكها الوارث.
ورجح النووي: أنه يشهد على بعض الصفات.
(بدائع الصنائع: ٨/٣٨٦٨، وروضة الطالبين: ٥/٧٠٨، وكشاف القناع: ٤/٢٢٠).

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية: سنية الإشهاد على اللقطة لعموم الأخبار في اللقطة، كحديث زيد بن خالد الجهني - رضي الله عنه - وغيره، وليس فيها الأمر بالإشهاد، ولأن في الإشهاد صيانة لنفسه عن الطمع فيها، وحفظها من ورثته إن مات.
وعند الحنفية والظاهرية: يجب الإشهاد؛ لحديث عياض بن حمار أن النبي ﷺ قال: «**من وجد لقطة فليشهد ذا عدل، أو ذوي عدل، ولا يكتم، ولا يغيب**» رواه أبو داود وإسناده صحيح.
وعند المالكية: يسن الإشهاد، إلا إذا تحقق أو ظن ادعاء ملكيتها فيجب.
وهذا أقرب، وعليه يحمل حديث عياض بن حمار.
(حاشية ابن عابدين: ٣/٣١٩، وحاشية الدسوقي: ٤/١٢٦، ومغني المحتاج: ٢/٤٠٧، والمغني: ٨/٣٠٨).

. . . .

يمين، وإن لم يغلب على ظنه[١] صدقه لحديث زيد وفيه: «**فإن جاء صاحبها فعرف عفاصها وعددها ووكاءها فأعطها إياه وإلا فهي لك**» رواه مسلم[٢]، ويضمن تلفها ونقصها بعد الحول مطلقاً[٣] لا قبله إن لم

---

(١) وهذا هو المذهب ومذهب المالكية: أن الملتقط يجبر على تسليم اللقطة لصاحبها إذا وصفها بصفاتها، سواء غلب على ظنه صدقه أم لا، ولا يحتاج إلى بينة، لما استدل به المؤلف، ولأنه من المتعذر إقامة البينة على اللقطة؛ لأنها ضاعت من صاحبها حال السهو والغفلة وليس عنده شهود.
وعند الحنفية والشافعية: لا يجبر على تسليم اللقطة إلى مدعيها بلا بينة؛ لأنه مدع محتاج إلى بينة كغيره، ولأن اللقطة مال للغير فلا يجب تسليمه بالوصف كالوديعة.
لكن عند الحنفية: يجوز تسليمها له إذا أصاب علامتها، ولا يجبر.
وعند الشافعية: يجوز إذا غلب على ظنه صدق مدعيها.
وأما نماء اللقطة: فقبل الحول لمالكها مطلقاً سواء كان متصلاً أو منفصلاً.
وأما بعد الحول فالمذهب: أن المنفصل للملتقط، والمتصل للمالك.
والصواب: أن المتصل والمنفصل بعد الحول للملتقط.
(فتح القدير: ٦/ ١٢٩، وتبيين الحقائق: ٣/ ٣٠٦، والمدونة: ٦/ ١٧٤، ومغني المحتاج: ٢/ ٤١٦، وكشاف القناع: ٤/ ٢٢٠).
(٢) في (٣/ ١٣٤٩) اللقطة (ح ٦)، وقد تقدم بقية تخريجه.
(٣) هذا بناء على المذهب: أن اللقطة تدخل في ملك الملتقط بعد الحول =

. . . .

وَالسَّفِيهُ وَالصَّبِيُّ يُعَرِّفُ لَقَطَتَهُمَا وَلِيُّهُمَا،

يفرط[١].

(**والسفيه والصبي يعرف لقطتهما وليهما**)[٢] لقيامه مقامهما، ويلزمه أخذها منهما[٣]، فإن تركها في يدهما فتلفت ضمنها[٤]، فإن

= قهراً كالميراث وتقدم قريباً نقل أقوال أهل العلم في هذه المسألة، فعلى القول بأنها تدخل في ملكه يضمنها مطلقاً، وكذا إذا اختار التملك على القول بعدم دخولها في ملكه يضمنها، وإذا لم يختر التملك فأمانة عنده.

(١) لأنها أمانة عنده كالوديعة، وفي المغني (٨/٣١٣): «لا أعلم فيه خلافاً» فإن فرط ضمنها بمثلها إن كانت من ذوات الأمثال، وقيمتها إن كانت قيمية. (المصادر السابقة).

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفية والشافعية: أنه يجوز الالتقاط من أي إنسان؛ سواء كان مكلفاً أو غير مكلف، رشيداً أم لا، لعموم الأدلة، ولأن الالتقاط تكسب فصح من هؤلاء كالاصطياد والاحتشاش.

لكن استثنى الحنفية: المجنون؛ فلا يصح التقاطه عندهم، وكذا المعتوه في قول.

وعند مالك: أن الملتقط هو كل حر، مسلم، بالغ، عاقل؛ لأن اللقطة ولاية، ولا ولاية لهؤلاء، ولأنها أمانة، ولا أمانة لهؤلاء.

(حاشية ابن عابدين: ٣/٣١٩، وبداية المجتهد: ٢/٣٣٣، والمهذب: ١/٤٣٣، ومنتهى الإرادات: ١/٥٥٨).

(٣) وحفظها كما لهما؛ لأنهما ليسا بأهل للحفظ والأمانة.

(٤) لأنه المضيع لها إذ يلزمه حفظ ما يتعلق به حق موليه.

. . . .

وَمَنْ تَرَكَ حَيَوَاناً بِفَلاَةٍ لانْقِطَاعِهِ، أَوْ عَجْزِ رَبِّهِ

لم تعرف[١] فهي لهما(١)، وإن وجدها عبد عدل فلسيده أخذها منه وتركها معه ليعرفها(٢)، فإن لم يأمن سيده عليها سترها عنه وسلمها الحاكم ثم يدفعها إلى سيده بشرط الضمان(٣)، والمكاتب كالحر(٤)، ومن بعضه حر فهي بينه وبين سيده(٥).

(**ومن ترك حيواناً**) لا عبداً أو متاعاً (**بفلاة لانقطاعه**(٦) **أو عجز ربه**(٧)

---

(١) كالكبير؛ لعموم الأدلة.

(٢) أي ولسيد العبد ترك اللقطة مع العبد ليعرفها إن كان عدلاً، ويكون السيد مستعيناً به في حفظها كسائر ماله، وإن كان غير أمين وتركها معه فتلفت ضمنها لتفريطه. (كشاف القناع ٤ / ٢٢٥).

(٣) لأنها من كسب العبد، ولو أعتقه بعد التقاطه كان له انتزاعها من سيده؛ لأنها من كسبه.

(٤) لأن المكاتب يملك كسبه. (المصدر السابق).

(٥) على قدر ما فيه من الحرية والرق كسائر أكسابه.

(٦) بعجزه عن مشي، أو ترك بمهلكة ملكه آخذه.

(٧) أي عجز ربه عن نحو علفه ملكه آخذه؛ لحديث جابر ـ رضي الله عنه ـ «أنه كان يسير على جمل فأعيا فأراد أن يسيبه فلحقني النبي ﷺ فدعا لي وضربه» متفق عليه. ولأنها تركت رغبة عنها أشبهت سائر ما ترك رغبة عنه.

---

[١] في / ف بلفظ (يفرط).

عَنْهُ مَلَكَهُ آخِذُهُ، وَمَنْ أُخِذَ نَعْلُهُ وَنَحْوُهُ وَوَجَدَ مَوْضِعَهُ غَيْرَهُ فَلُقَطَةٌ.

عنه ملكه آخذه) بخلاف عبد ومتاع[١]، وكذا ما يلقى في البحر خوفاً من غرق فيملكه آخذه[٢]، وإن انكسرت سفينة فاستخرجه قوم فهو لربه وعليه أجرة [المثل][٣].

(ومن أخذ نعله ونحوه) من متاعه[٤]. **(ووجد موضعه غيره فلقطة)**، ويأخذ حقه منه بعد تعريفه[٥]، وإذا وجد عنبرة على الساحل فهي له.

---

(١) أي فلا يملك بذلك اقتصاراً على النص، ولأن العبد يمكنه في العادة التلخص إلى الأماكن التي يعيش فيها، والمتاع لا حرمة له في نفسه، ولا يخشى عليه التلف كما يخشى على الحيوان.

(٢) لإلقاء صاحبه له اختياراً فيما يتلف بتركه أشبه ما لو ألقاه رغبة عنه.

(٣) تقدم في باب الجعالة.

(٤) كثياب في حمام.

(٥) في الإنصاف مع الشرح ١٦ / ٢٧٦ : فوائد؛ منها لو وجد لقطة في غير طريق مأتي، فهي لقطة. على الصحيح من المذهب. قدمه في «الفائق». واختار الشيخ تقي الدين أنه كالركاز. واختاره في «الفائق»، وجعله في «الفروع توجيهاً له.

ومنها، لو أخذ متاعه، أو ثوبه، وترك له بدله، فالصحيح من المذهب أنه لقطة. نص عليه، وقيل: لا يعرفه مع قرينة سرقة. وهو احتمال =

....

. . . .

= للمصنف. قلت: وهو عين الصواب. قال الحارثي: وهذا حسن. وقال: قد يقال فيه بمعنى مسألة الظفر. ومذهب أحمد، منع الأخذ فيها. فعليها، هل يتصدق به[١] بعد تعريفه؟ إن قلنا: يعرفه، أو يأخذ حقه بنفسه، أو بإذن حاكم. فيه أوجه. قال المصنف، وتابعه الشارح: القول بأخذ حقه بنفسه أقرب إلى الرفق بالناس.

ومنها: لو وجد لقطة بدار الحرب وهو في الجيش، عرفها، ثم وضعها في المغنم. نص عليه. وإن كان دخل بأمان، عرفها، ثم هي له، إلا أن يكون في جيش، فهي كالتي قبلها. وإن دخل متلصصاً، عرفها، ثم هي كالغنيمة. على الصحيح من المذهب. ويحتمل أن تكون له من غير تعريف. ذكره المصنف. قلت: وهذا هو الصواب، وكيف يعرف ذلك؟

ومنها: مؤنة رد اللقطة على ربها. على الصحيح من المذهب. وقال في «الترغيب»، و«الرعاية»: مؤنة الرد على الملتقط.

ومنها: ضمانها بموته، كالوديعة. وقيل: به بعد الحول، ووارثه كهو.

ومنها: الالتقاط يشتمل على أمانة واكتساب. قال الحارثي: وللناس خلاف في المغلب منهما؛ منهم من قال: الكسب. ووجه بأنه ملاك الأمر. ومنهم من قال: الأمانة. وهو الصحيح؛ لأن المقصود إيصال الشيء إلى أهله.

---

[١] ساقط من: الأصل.

ومنها: لو استيقظ فوجد في ثوبه دراهم، لا يعلم من صرها، فهي له، ولا تعريف. ولأحمد نص يوجب التعريف وينفي الملك.

ومنها: لو ألقت الريح إلى داره ثوب إنسان؛ فإن جهل المالك، فلقطة، وإن علمه، دفعه إليه، فإن لم يفعل، ضمن بحبس مال الغير من غير إذن ولا تعريف.

ومنها: لو سقط طائر في داره، فقال في «المغني»: لا يلزمه حفظه ولا إعلام صاحبه؛ لأنه محفوظ بنفسه، وهذا ما لم ينقطع عنه، أما إن انقطع، وجب حفظه والدفع إليه؛ لأنه ضائع عنه.

* * *

بَـابُ اللَّقِيطِ

وَهُوَ: طِفْلٌ لاَ يُعْرَفُ نَسَبُهُ وَلاَ رِقُّهُ نُبِذَ أَوْ ضَلَّ،

باب اللقيط[١]

بمعنى ملقوط[٢] (وهو) اصطلاحاً: (**طفل**[٣] **لا يعرف نسبه ولا رقه نبذ**) أي طرح في شارع أو غيره[٤]، (**أو ضل**)[٥].

---

(١) أي باب بيان أحكام اللقيط.

(٢) فعيل بمعنى مفعول، كقتيل وجريح، وهو في اللغة: الطفل الذي يوجد مرميًّا على الطرق لا يعرف أبوه ولا أمه. (لسان العرب: ٧/٣٩٢).

(٣) في المصباح (٢/٣٧٤): «الطفل: الولد الصغير من الإنسان والدوآب، قال ابن الأنباري: ويكون الطفل بلفظ واحد للمذكر والمؤنث، والجمع قال تعالى: ﴿**أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَىٰ عَوْرَاتِ النِّسَاءِ**﴾ ويجوز المطابقة في التثنية والجمع والتأنيث، فيقال: طفلة، وأطفال، وطفلات ..».
ومن تعاريف الحنفية: اسمٌ لحيٍّ مولد طرحه أهله خوفاً من العيلة، أو فراراً من تهمة الريبة. (الدر المختار: ٣/٣١٤).
ومن تعاريف المالكية: أنه صغير آدمي لم يعلم أبوه ولا رقه. (شرح الخرشي: ٧/١٣٠).
ومن تعاريف الشافعية: كل صبي ضائع لا كافل له. (روضة الطالبين: ٥/١٨).

(٤) كمسجد.

(٥) أي ضل الطريق فيما بين ولادته إلى التمييز، أو البلوغ.

وَأَخْذُهُ فَرْضُ كِفَايَةٍ

(وأخذه فرض كفاية)[١] لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾[٢]، ويسن الإشهاد عليه[٣].

---

(١) وهذا هو المذهب، وبه قال جمهور أهل العلم؛ لما استدل به المؤلف.
ولقوله تعالىٰ: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾ إذ بإحيائها يسقط الحرج عن الناس؛ لأنه آدمي محترم.
وعند الحنفية: أن التقاط المنبوذ مندوب إليه؛ لما روي أن رجلاً أتىٰ عليًّا - رضي الله تعالىٰ عنه - بلقيط فقال: «هو حر، ولأن أكون وليت من أمره مثل الذي وليت أنت كان أحب إليّ من كذا وكذا ..».
ولكن إذا غلب على ظنه هلاكه لو لم يرفعه كان التقاطه فرض كفاية، وإذا كان لا يعلم به غيره كان التقاطه فرض عين.
الشرح الكبير للدردير وحاشيته: ٤/ ١٢٤، ونهاية المحتاج: ٥/ ٤٤٤، وكشاف القناع: ٤/ ٢٢٦).
(٢) سورة المائدة: الآية ٢.
(٣) وهذا هو المذهب، ومذهب المالكية؛ لئلا تراوده نفسه باسترقاقه، كما يستحب الإشهاد على ما معه من مال صوناً لنفسه عن جحده.
وعند المالكية: إن تحقق أو غلب على ظنه ادعاء الوالدية أو الاسترقاق وجب ذلك.
وعند الشافعية: يجب الإشهاد على الالتقاط؛ لئلا يسترق ويضيع نسبه، ويجب الإشهاد على ما معه بطريق التبعية. (المصادر السابقة).

. . . .

وَهُوَ حُرٌّ، وَمَا وُجِدَ مَعَهُ أَوْ تحتَهُ ظَاْهِراً أَوْ مَدْفُوناً طَرِيًّا، أَوْ مُتَّصِلاً بِهِ كَحَيَوَانٍ وَغَيْرِهِ، أَوْ قَرِيباً مِنْهُ فَلَهُ،

(**وهو حرٌّ**[1]) في جميع الأحكام؛ لأن الحرية هي الأصل، والرق عارض[2].

(**وما وجد معه**) من فراش تحته[3] أو ثياب فوقه[4] أو مال في جيبه (**أي تحته ظاهراً**[5] **أو مدفوناً طريًّا**[6] **أو متصلاً به كحيوان وغيره**). [[1]مشدوداً بثيابه، (أو) مطروحاً (**قريباً منه**[1]] **فـ**) هو (**له**) عملاً بالظاهر[7]. ولأن[[2]] له يداً صحيحة كالبالغ.

---

(١) وهذا باتفاق الأئمة.

(بدائع الصنائع: ٦ /١٩٧، وشرح الخرشي: ٧ /١٣٢، ومغني المحتاج: ٢ /٤٢٥، وكشاف القناع: ٤ /٢٢٦).

(٢) فالله عز وجل خلق آدم وذريته أحراراً، والرق عارض فإذا لم يعلم فالأصل عدمه.

(٣) كوطاء، ووسادة، وسرير.

(٤) أو غطاء عليه أو حلي ونحو ذلك.

(٥) أو تحت فراشه ووسادته ظاهراً غير مدفون.

(٦) طريًّا: أي تجدد حفره؛لأنه إذا كان طريًّا فالأقرب:أن واضع اللقيط حفره.

(٧) أي الظاهر أنه ملكه، فما كان متصلاً به، أو متعلقاً به منفعته فهو تحت يده.

(ينظر كشاف القناع ٤ /٢٢٨).

[١-١] ساقط من / م ، ف.

[٢] في / م ، ف بلفظ (ولأنه).

وَيُنْفَقُ عَلَيْهِ مِنْهُ، وَإِلاَّ فَمِنْ بَيْتِ الـمَالِ،

(وينفق عليه منه)[١] ملتقطه بالمعروف لولايته عليه، **(وإلا)** يكن معه شيء **(فمن بيت المال)**[٢] لقول عمر رضي الله عنه: **«اذهب فهو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته»** وفي لفظ: **«وعلينا رضاعه»**[٣].

---

(١) وهذا باتفاق الأئمة: أنه إذا كان له مال ينفق عليه من ماله.
(بدائع الصنائع: ٦ / ١٩٨، وشرح الخرشي: ٧ / ١٣٠، ومغني المحتاج: ٢ / ٤٢١، وشرح المنتهى: ٢ / ٤٨٢).

(٢) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما استدل به المؤلف.
وعند بعض الشافعية: لا ينفق عليه من بيت المال، وإنما يقترض عليه من بيت المال أو غيره؛ لجواز أن يظهر له مال. (المصادر السابقة).

(٣) أخرجه مالك: (٢ / ٧٣٨) الأقضية، باب القضاء في المنبوذ (ح ١٩)، والشافعي في الأم: (٤ / ٧١)، وعبدالرزاق: (٧ / ٤٤٩-٤٥٠ - ح ١٣٨٣٩، ١٣٨٤٠)، (٩ / ١٤ - ح ١٩٣٤)، وابن سعد في الطبقات الكبرى: (٥ / ٦٣)، والبخاري معلقاً: (٣ / ١٥٨) الشهادات، باب إذا زكى رجل رجلاً كفاه، والطحاوي في مشكل الآثار: ٤ / ٦٧)، والطبراني في الكبير: (٧ / ١٢٠ - ح ٦٤٩٩)، وابن حزم في المحلى: (٨ / ٢٧٤)، والبيهقي: (٦ / ٢٠١-٢٠٢) اللقطة، باب التقاط المنبوذ، (١٠ / ٢٩٨) الولاء، باب من قال له عليه ولاء، البغوي في شرح السنة: (٨ / ٣٢٢ - ح ٢٢١٣)، من طريق سنين أبي جميلة عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه.
الأثر صحيح، وصححه ابن حزم، ورواه البخاري بصيغة الجزم، وهو حكم منه بصحته عن المضاف إليه.

. . . .

. . . .

ولا يجب على الملتقط، فإن تعذر الإنفاق من بيت المال فعلى من علم حاله من المسلمين(١)، فإن تركوه أثموا(٢).

(١) في المغني (٨/ ٣٥٥): «أجمع كل من نحفظ عنه على أن نفقة اللقيط غير واجبة على الملتقط كوجوب نفقة الولد؛ لأن الالتقاط تخليص له من الهلاك وتبرع بحفظه فلا يوجبها».

(٢) وهذا هو المذهب؛ لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ ولأن في ترك الإنفاق عليه هلاكه، وحفظه عن ذلك واجب كإنقاذه من الغرق.
وفي كشاف القناع (٤/ ٢٢٧): «ولا يرجع المنفق بما أنفق عليه؛ لأنها فرض كفاية ... وإن كان للقيط مال تعذر الإنفاق منه لمانع، أو ينتظر حصوله من وقف أو غيره، فلمن أنفق عليه بنية الرجوع أن يرجع؛ لأنه في هذه الحالة غنى عن مال الغير ...».
وقال في المغني: «وإن لم يتبرع أحد بالإنفاق فأنفق عليه الملتقط أو غيره نفقة المثل بإذن الحاكم ليرجع رجع» ا.هـ.
وعند الحنفية: إذا لم يكن في بيت المال مال، وأبى الملتقط أن يتبرع بالإنفاق عليه، أمر القاضي من ينفق عليه، ويكون ديناً على اللقيط.
وعند المالكية: إذ لم يكن في بيت المال شيء فنفقته على الملتقط ولا رجوع له؛ لأنه بالتقاطه ألزم نفسه ذلك، ويستمر الإنفاق على الذكر حتى يبلغ قادراً على الكسب، وعلى الأنثى حتى يدخل بها الزوج.
وعند الشافعية: إن تعذر الإنفاق من بيت المال اقترض له الإمام من المسلمين في ذمة اللقيط كالمضطر إلى الطعام، فإن تعذر الاقتراض قام =

. . . .

وَهُوَ مُسْلِمٌ،

(وهو مسلم) إذا وجد في دار الإسلام[١] وإن كان فيها أهل ذمة

= المسلمون بكفايته قرضاً حتى يثبت لهم الرجوع على اللقيط إن ظهر له مال أو كسب، وإلا على بيت المال.

(المبسوط: ١٠/٢١١، وشرح الخرشي: ٧/١٣١، ومغني المحتاج: ٢/٤٢١، وكشاف القناع: ٤/٢٣٣).

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية، والدار التي تعتبر دار إسلام هي:

أ - دار يسكنها المسلمون، ولو كان فيها أهل ذمة.

ب- دار فتحها المسلمون، وأقروها بيد الكفار صلحاً.

جـ- دار فتحها المسملون، وملكوها عنوة وأقروا أهلها عليها بجزية.

د - دار كان المسلمون يسكنونها، ثم أجلاهم الكفار عنها.

فاللقيط في هذه البلاد مسلم بشرط أن يوجد بها مسلم يمكن أن يكون اللقيط منه، فإن كانت الذار دار كفر، وفيها مسلمون كتجار وأسرى فأصح الوجهين عند الشافعية واحتمال عند الحنفية: أنه يعتبر مسلماً تغليباً للإسلام.

وفي الوجه الثاني للشافعية واحتمال للحنابلة: أنه يكون كافراً تغليباً للدار.

وعند الحنفية: لا يخلو من أمرين:

الأمــر الأول: أن يجده مسلم أو ذمي في مصر من أمصار المسلمين، أو قرية من قراهم، فيحكم بإسلامه.

الوجه الثاني: أن يجده مسلم أو ذمي في بيعة أو كنيسة، أو في قرية من قرى أهل الذمة فإنه يكون ذميًّا. =

وَحَضَانَتُهُ لِوَاجِدِهِ الأَمِينِ، وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ بِغَيْرِ إِذْنِ حَاكِمٍ،

تغليباً للإسلام والدار، وإن وجد في بلد كفار ولا مسلم فيه[١] فكافر تبعاً للدار.

(**وحضانته لواجده الأمين**)(١)؛ لأن عمر أقرّ اللقيط في يد أبي جميلة حين قال له عريفة: إنه رجل صالح. (**وينفق عليه**) مما وجد معه من نقد أو غيره (**بغير إذن حاكم**)(٢)؛ لأنه وليه، وإن كان فاسقاً أو

= وعند المالكية: إذا وجد اللقيط في بلاد المسلمين حكم بإسلامه، وإذا وجد في قرية ليس فيها من المسلمين سوى بيتين حكم بإسلامه؛ بشرط أن يكون الملتقط مسلماً، فإن التقطه ذمي حكم بكفره على المشهور، وقال أشهب: يحكم بإسلامه. فإن وجد بقرى الشرك حكم بكفره، وقال أشهب: إن التقطه مسلم فمسلم.

(المبسوط: ١٠ / ٢١٥، وبدائع الصنائع: ٦ / ١٩٨، وشرح الخرشي: ٧ / ١٣٢، وروضة الطالبين: ٥ / ٤٣٧، وكشاف القناع: ٤ / ٢٣٥).

(١) أي أولى الناس بحضانته وحفظ ماله واجده؛ لأنه وليه.

وفي المبسوط للسرخسي (١٠ / ٢١٣): «ولا يجوز للمتلقط على اللقيط ذكراً كان أو أنثى عقد النكاح، ولا بيع ولا شراء؛ لأن نفوذ هذه التصرفات على الغير يعتمد الولاية كما قال ﷺ: «**لا نكاح إلا بولي**» ولا ولاية للمتلقط على اللقيط، وإنما له حق الحفظ والتربية».

(٢) وهذا هو المذهب، وهو قول الحنفية؛ لما علل به المؤلف، ولأن هذا من الأمر بالمعروف فاستوى فيه الإمام وغيره.

وعند الحنفية والشافعية: يشترط إذن الحاكم؛ لأن الملتقط لا ولاية له =

---

[١] في / م، ف بلفظ (فيها).

وَميرَاثُهُ وَدِيَتُهُ لِبَيْتِ المَالِ،

رقيقاً أو كافراً واللقيط مسلم[١]، أو بدويًّا ينتقل في المواضع[٢] أو وجده في الحضر فأراد نقله إلى البادية لم يقر بيده[٣].

(وميراثه وديته) كدية حر **(لبيت المال)**[٤] إن لم يخلف

= على اللقيط إلا في الكفالة، فلم يملك الإنفاق بنفسه كالأم. (المصادر السابقة).
وفي كشاف القناع: (٤/ ٢٢٨): «والمستحب الإنفاق بإذن الحاكم؛ لأنه أبعد من التهمة، وخروج من الخلاف، وحفظ لماله من أن يرجع إليه».

(١) لم يقرَّ بيده؛ لانتفاء ولاية الفاسق ظاهر الفسق، وأهلية حضانة الرقيق على الأحرار بدون إذن سيده، ولأنه لا ولاية لكافر على مسلم، ولا يؤمن فتنته في الدين.

(٢) لم يقر بيده؛ لأنه اتعاب للطفل بتنقله، فيؤخذ منه ويدفع إلى من في القرية؛ لأنه أرفه له، وأخف عليه.

(٣) لأن مقامه في الحضر أصلح له في دينه، ودنياه، وأرفه له، وأرجى لكشف نسبه، وظهور أهله.

(٤) فلا يرث الملتقط من لقيطه إن لم يخلف وارثاً، وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ قال الخطابي في معالم السنن (٤/ ١٧٦): «اللقيط في عامة الفقهاء حر، وإذا كان حرًّا فلا ولاء عليه لأحد، والميراث إنما يستحق بنسب أو ولاء».
وعن الإمام أحمد، **وهو قول إسحاق بن راهويه: ثبوت التوريث بالالتقاط=**

وَوَلِيُهُ فِي العَمْدِ الإِمَامُ يَتَخَيَّرُ بيْنَ القِصَاصِ

وارثـاً(١) كغير[١] اللقيط، ولا ولاء عليه(٢) لحديث «**إنما الولاء لمن أعتق**»(٣).

(**ووليه في**) القتل (**العمد**) العدوان (**الإمام يتخير بين القصاص**

= لحديث واثلة بن الأسقع - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «**المرأة تحوز ثلاثة مواريث: عتيقها، ولقيطها، وولدها الذي لاعنت عليه**» رواه أبو داود والترمذي، وقال: حسن غريب، والنسائي وابن ماجه، وفي إسناده عمر بن رويبة التغلبي، قال البخاري: فيه نظر، وقال أبو حاتم: لا تقوم به حجة.

وقال ابن القيم في تهذيب السنن (٤ / ١٧٩): «... وذهب إسحاق ابن راهويه إلى أن ميراثه لملتقطه عند عدم نسبه لظاهر حديث واثلة، وإن صح الحديث فالقول ما قال إسحاق؛ لأن إنعام الملتقط على اللقيط والقيام عليه والإحسان إليه ليس بدون إنعام المعتق على العبد بعتقه، فإذا كان الإنعام بالعتق سبباً لميراث المعتق مع أنه لا نسب بينهما، فكيف يستبعد أن يكون الإنعام بالالتقاط سبباً له مع أنه قد يكون أعظم موقعاً وأتم نعمة ...».

(١) بفرض أو تعصيب.

(٢) تقدم قريباً.

(٣) تقدم تخريجه من حديث عائشة في قصة بريرة لما أرادت عائشة أن تشتريها فتعتقها. متفق عليه.

---

[١] في / ف بلفظ (لغير).

وَالدِّيَةِ،

والدية)[١] لبيت المال؛ لأنه ولي من لا ولي له، وإن قطع طرفه عمداً انتظر بلوغه ورشده ليقتص أو يعفو[٢]،وإن أدعى إنسان أنه مملوكه ولم

---

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما استدل به المؤلف.
وللعمومات الموجبة للقود كقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ﴾.
لكن عند الشافعية: إذا بلغ اللقيط ولم يفصح بالإسلام إذا لم يكن محكوماً بإسلامه فلا يقتص منه، بل تدفع الدية.
ولحديث عائشة رضي الله عنها، وفيه قول النبي ﷺ: «السلطان ولي من لا ولي له» رواه الترمذي وحسنه.
وقال أبو يوسف: عليه الدية في ماله، ولا يقتل به؛ لأنا نعلم أن للقيط وليًّا في دار الإسلام من عصبة أو غير ذلك إلا أنا لا نعرفه بعينه، وحق استيفاء القصاص يكون إلى الولي كما قال تعالى: ﴿فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا﴾ فيصير شبهة مانعة للإمام من استيفاء القصاص.
(المبسوط: ١٠/٢١٨، ومغني المحتاج: ٢/٤٢٤، وكشاف القناع: ٤/٢٣٢).
وإن كانت الجناية على اللقيط خطأ أو شبهة عمد فدية اللقيط تدفع إلى بيت المال بالاتفاق.

(٢) وحبس الجاني إلى أوان البلوغ والرشد، لئلا يهرب.
وإن كانت الجناية على ما دون النفس خطأ أو شبه عمد فأرش الجناية من حق اللقيط فيأخذه دون سواه. (المصادر السابقة).

وَإِنْ أَقَرَّ رَجُلٌ

يكن بيده لم يقبل إلا ببينة[١] تشهد أن أمته ولدته في ملكه ونحوه.

(**وإن أقر رجل**[٢] . . . .

---

(١) فالمذهب ورواية عند الشافعية: أنه لابد مع البينة أن تذكر البينة سبب الملك.
وعند الحنفية والمالكية: أنه يحكم برق اللقيط بمجرد قيام البينة.

(٢) وهذا هو المذهب ومذهب الشافعية، ومذهب الحنفية استحساناً؛ لما علل به المؤلف.
وعند الحنفية قياساً: لا تسمع الدعوى إلا ببينة؛ لأنه يدعي أمراً جائز الوجود والعدم، فلابد لترجيح أحد الجانبين على الآخر من مرجح، وذلك بالبينة ولم توجد، وإن كان المدعي ذميًّا أو عبداً تصح دعواه، ويثبت نسبه، لكن يكون مسلماً، حرًّا.
وعند المالكية: إذا ادعى اللقيط أحد فلا يلحق نسبه به إلا أحد أمرين:
الأول: أن يأتي المدعي ببينة تشهد له بأنه ابنه، فإن أقام بينة لحق به سواء كان المستلحق مسلماً أو كافراً، وسواء كان اللقيط محكوماً بكفره أو إسلامه.
الثاني: أن يكون لدعواه وجه يدل على صدقه، فإنه يلحق بصاحب الوجه المدعي سواء كان المستلحق مسلماً أو كافراً، وسواء كان اللقيط محكوماً بكفره أو إسلامه، هذا ما ذهب إليه ابن عرفة والأجهوري وغيرهم.
وذهب آخرون: إلى أنه لا يلحق بصاحب الوجه إلا إذا كان صاحب الوجه مسلماً، فإن كان غير مسلم فلابد من البينة.
(بدائع الصنائع: ٦ / ١٩٩، والشرح الكبير مع حاشيته: ٤ / ١٢٦، والتاج والإكليل: ٦ / ٨٢، وروضة الطالبين: ٥ / ٤٣٧، وكشاف القناع: ٤ / ٢٣٥).

. . . .

أَوْ امْرَأَةٌ

أو امرأة)[١].

---

(١) وهذا هو المذهب: أنه إذا ادعت اللقيط امرأة ذات زوج مسلم يلحق بها، لما علل به المؤلف.

وعند الحنفية والمالكية والشافعية: لا تقبل دعواها إلا ببينة، فإن أقامت بينة صحت دعواها، ولحق بها اللقيط، ولحق زوجها إن أمكن العلوق منه، ولا ينتفي عنه إلا بلعان.

وعند الشافعية: إذا قيدت البينة أنها ولدته على فراشه لحقه به، فإن لم تتعرض للفراش ففي ثبوت نسبه من الزوج وجهان: الأصح منهما المنع.

وإن كانت المرأة خلية من الزوج ففي الأصح عند الشافعية: لا يلحقها إلا ببينة لإمكانها إقامة البينة بالولادة.

(بدائع الصنائع: ٦ / ٢٠٠، وفتح القدير: ٥ / ٣٤٥، وشرح الخرشي: ٦ / ٤٣٧، وروضة الطالبين: ٥ / ٤٢٨، ومغني المحتاج: ٢ / ٤٢٧، وشرح منتهى الإرادات: ٢ / ٤٨٧).

وإن ادعت اللقيط امرأتان، فإن أقامت إحداهما البينة فهي أولى به.

فإن أقامتا ببينتين فالمذهب: أنه يعرض على القافة فإن ألحقته بإحداهما لحقها، وإن ألحقته بكل منهما سقط قول القافة؛ لأنه يستحيل أن يكون من امرأتين.

وعند أبي حنيفة: إن أقامتا بينتين فهو ابنهما.

وعند أبي يوسف: لا يكون لواحدة منهما.

وعند الشافعية: إن أقامتا بينتين عرض على القافة، فإن ألحقته بإحداهما لحقها ولحق زوجها، فإن لم يكن بينة لم يعرض على القائف؛ لأن استلحاق المرأة إنما يصح مع البينة. (المصادر السابقة).

. . . .

ذَاْتُ زَوْجٍ مُسْلِمٍ أَوْ كَافِرٍ أَنَّهُ وَلَدُهُ لَحِقَ بِهِ، وَلَوْ بَعْدَ مَوْتِ

ولـو (**ذات زوج مسلم أو كافر أنه ولده لحق به**)(١) لأن الإقـرار بـه محض مصلحة للطفل لاتصال نسبه ولا مضرة على غيره فيه(٢)، وشرطه أن ينفرد بدعوته(٣)، وأن يمكن كونه منه حرًّا كان أو عبداً.

وإذا ادعته المرأة لم يلحق بزوجها كعكسه(٤)، (**ولو بعد موت**

---

(١) إذا ثبت بالبينة أن هذا اللقيط ابن لهذا الذمي، وولد على فراشه لحقه نسباً وديناً بلا خلاف بين أهل العلم.
وإذا لم يكن بينة وادعاه الذمي فالمذهب وهو قول جمهور أهل العلم: أنه يلحق به نسباً؛ لأنه أقر بنسب مجهول النسب يمكن أن يكون منه، وليس في إقراره إضرار بغيره، فيثبت إقراره كالمسلم.
وعند ابن حزم وأبي ثور: أنه لا يلحق بالكفار إلا ببينة خشية أن يفسد عليه دينه. (المصادر السابقة).

(٢) ولا دافع عنه، ولا ظاهر يرده فوجب اللحاق.
وفي كشاف القناع (٤ / ٢٣٥): «ولا حق للذمي في حاضة الرقيق الذي استلحقه؛ لأنه ليس أهلاً لكفالة المسلم ولا تؤمن فتنته عن الإسلام، ونفقته في بيت المال ولا يسلم إليه».

(٣) فلو دعاه اثنان فأكثر قدم من له بينة، فإن تساووا أو عدمت عرض القافة، فمن ألحقته به لحق.

(٤) ما لم يصدقها، كما لا يلحق بزوجة المقر بدون تصديقها؛ لأن إقرار أحدهما لا يسري على الآخر بدون بينة.

. . . .

اللَّقيط، ولا يَتْبَعُ الكَافِرَ فِي دِينِهِ إلاَّ بِبَيِّنَةٍ، تَشْهَدُ أَنَّهُ وُلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ، وَإِن اعْتَرَفَ بِالرِّقِّ مَعَ سَبْقٍ مُنَافٍ،

اللقيط) فيلحقه وإن لم يكن له توأم أو ولد احتياطاً للنسب(١).

(ولا يتبع) اللقيط [١](**الكافر**) المدعي أنه ولده (**في دينه**) إلا أن يقيم ببينة تشهد أنه ولد على فراشه؛ لأن اللقيط محكوم بإسلامه[٢] بظاهر الدار، فلا يقبل قول الكافر في كفره[٣] بغير بينة(٢)، وكذا لا يتبع رقيقاً في رقه(٣).

(وإن اعترف) اللقيط(٤) (**بالرق مع سبق** [٤]**مناف**)[١] للرق من

---

(١) أي: إن لم يكن للمقر توأم، أو لم يكن له ولد احتياطاً للنسب.

(٢) تشهد بأنه ولد على فراشه، وإلا فيتبعه نسباً لا ديناً إن لم تكن له بينة.

(٣) لأنه خلاف الأصل، وإضرار بالطفل، إلا ببينة تشهد أنه ولد على فراشه. (المصدر السابق).

(٤) إذا اعترف اللقيط بالرقِّ فلا يخلو من حالين:

الأول: إذا اعترف لنفسه بالحرية قبل إقراره بالرق فلا يقبل إقراره بالرق، لأنه لزمه بالحرية أحكام الأحرار في العبادات والمعاملات، وهذا قول جمهور أهل العلم، إلا أن الحنفية اشترطوا أن تكون الأحكام التي جرت عليه بقضاء قاضٍ.

الثاني: إذا لم يكن قد اعترف بحريته، فعند الحنفية ورواية للشافعية: أنه إذا بلغ اللقيط وأقرَّ على نفسه بالرق، فإن كان لم يجر عليه شيء من أحكام الأحرار بَعْدُ؛ من قبول شهادته، وضرب قاذفه الحد ونحوه صح =

[١-١] ساقط من / ف.

[٢] في / م بلفظ (بإسلام).

[٣] في / س بلفظ (غيره).

[٤] في / س بلفظ (مع ما سبق).

أَوْ قَالَ: إِنَّهُ كَافِرٌ لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ،

بيع ونحوه[١] أو عدم سبقه لم يقبل[٢]؛ لأنه يبطل حق الله من الحرية المحكوم بها[٣] سواء أقر ابتداء لإنسان[٤] أو جواباً بالدعوى عليه[٥]، (**أو قال**) اللقيط بعد بلوغه: (**إنه كافر لم يقبل منه**)؛ لأنه محكوم

= إقراره، لأنه لم تعرف حريته إلا بظاهر الحال، فإذا أقر على نفسه بالرق؛ فالظاهر أنه لا يُقرُّ على نفسه بالرق كاذباً.

وفي رواية للشافعية، وهو مذهب الحنابلة: أنه لا يقبل إقراره بالرق على نفسه؛ حتى ولو لم يجرِ عليه شيءٌ من الأحكام التي تجري على سائر الأحرار.

وعند المالكية: لا يقبل إقراره بالرق مطلقاً.

(المبسوط: ١٠ / ٢٢٠، والفتاوى الهندية: ٢ / ٢٥٤، والمدونة: ٣ / ٢٢٢، والمهذب: ١ / ٤٣٩، وشرح روض الطالب: ٢ / ٥٠٤، وشرح منتهى الإرادات: ٢ / ٤٨٦).

(١) كتزويج، أو إصداق، ونحوه.

(٢) أي أو اعترف بالرق مع عدم سبق مناف للرق، ولو صدقه المقر له لم يقبل إقراره. (كشاف القناع ٤ / ٢٣٤).

(٣) لما يترتب عليها من وظائف شرعية، وعبادات لا توجد مع الرق.

(٤) بأن قال: إنه ملك زيد لم يقبل.

(٥) بأن ادعى عليه زيد بالرق، فقال: نعم هو رقيق له؛ لم يقبل إقراره، وكما لو أقر قبل ذلك بالحرية؛ لأن الطفل المنبوذ لا يعرف رق نفسه ولا حريتها.

وَإِنِ ادَّعَاهُ جَمَاعَةٌ قُدِّمَ ذُو البَيِّنَةِ،

بإسلامه(١)، ويستتاب، فإن تاب وإلا قتل.

(**وإن ادعاه جماعة قدم ذو البينة**)(٢) مسلماً أو كافراً [حرًّا][١] أو

---

(١) تقدم قريباً عند قول المؤلف: «وهو مسلم إذا وجد في دار الإسلام».

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية، فإن كان لأحدهم بينة فهو ابنه، وإن أقاما بينتين تعارضتا وتساقطتا، فإن لم يكن لأحدهم بينة، أو كانت لهم بينات وتعارضتا وتساقطتا، عرض على القافة مع المُدَّعين، فيلحق بمن ألحقته به منهم؛ لما استدل به المؤلف، ولما روت عائشة ـ رضي الله عنها ـ أن النبي ﷺ دخل عليها يوماً مسروراً تبرق أسارير وجهه، فقال: «ألم ترى أن مجززاً المدلجي دخل عليّ فرأى أسامة وزيداً، وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما، وبدت أقدامها، فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض» متفق عليه.

فلولا جواز الاعتماد على القافة لما سر النبي ﷺ بقول مجزز ولا اعتمد عليه.

وعند الحنفية: إن ادعى اللقيط اثنان ولا بينة لهما، فإن كان أحدهما مسلماً والآخر ذميًّا، فالمسلم أولى به، وإن كان أحدهما حرًّا والآخر عبداً فالحر أولى به؛ لأنه أنفع للقيط.

وإن كانا مسلمين حرين، فإن وصف أحدهما علامة في جسده، فالواصف أولى به؛ لأن الدعوتين إذا تعارضتا؛ يجب العمل بالراجح منهما، وقد ترجحت إحداهما بالعلامة، ودليل العمل بالعلامة قوله =

---

[١] ساقط من / م، ف.

وَإلاَّ فَمَنْ أَلْحَقَتْهُ القَافَةُ بِهِ،

عبداً؛لأنها تظهر الحق وتبينه(١)، (**وإلا**) يكن لهم بينة أو تعارضت[١] عرض معهم على القافة(٢)، (**فمن ألحقته القافة به**)(٣) لحقه؛ لقضاء عمر

= تعالى: ﴿**إِن كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٢٦﴾ وَإِن كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٢٧﴾ فَلَمَّا رَأَىٰ قَمِيصَهُ قُدَّ مِن دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِن كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ**﴾.

وإن لم يصف أحدهما علامة حكم بكونه ابناً لهما.

فإن أقام أحدهما بينة فهو أولى به، وإن أقاما جميعاً البينة حكم بكونه ابناً لهما وإن ادعاه أكثر من رجلين فأقاموا البينة، روي عن أبي حنيفة: أنها تسمع من خمسة.

وقال أبو يوسف: تسمع من اثنين ولا تسمع أكثر من ذلك.

وقال محمد: تسمع من ثلاثة ولا تسمع أكثر من ذلك.(المصادر السابقة).

(١) لا فرق؛ لأن العرب وغيرهم في أحكام الله ولحوق النسب سواء.

(٢) القيافة: مصدر قاف؛ بمعنى تتبع أثره. (لسان العرب: مادة قوف).

وفي التعريفات للجرجاني (ص ١٧١): «القائف: هو الذي يعرف النسب بفراسته، ونظره في أعضاء المولود».

(٣) فالمذهب، وهو مذهب المالكية والشافعية: إثبات النسب بالقيافة، واستدلوا: بما روته عائشة ـ رضي الله عنها ـ قالت: إن رسول الله ﷺ دخل عليَّ تبرق أسارير وجهه، فقال: «**ألم تري أن مجززاً نظر آنفاً إلى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض**» متفق عليه. ولوروده عن عمر رضي الله عنه. =

---

[١] في / هـ، ف بلفظ (وتعارضت).

. . . .

به بحضرة الصحابة رضي الله عنهم[(١)]، وإن ألحقته باثنين فأكثر لحق

= وعند الحنفية: لا يثبت النسب بقول القافة؛ لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال: «إن امرأتي ولدت غلاماً أسود، فقال النبي ﷺ: **هل لك من إبل؟** قال: نعم، قال: **ما ألوانها؟** قال: حمر، قال: **فهل فيها من أورق؟** قال: نعم. قال ﷺ: **فأنى هو؟** فقال: لعله يا رسول الله يكون نزعه عرق» فبين ﷺ أن لا عبرة للشبه.

ولأن القيافة كالكهانة في الذم والحرمة؛ لأن الشرع حصر دليل النسب في الفراش.

(المبسوط: ١٧ / ٧٠، ومواهب الجليل: ٥ / ٢٤٧، والفروق: ٤ / ٩٩، ونهاية المحتاج: ٨ / ٣٧٥، والمبدع: ٨ / ١٣٦).

(١) وذلك أن رجلين ادعيا ولداً، فدعا عمر القافة، واقتدى في ذلك ببصر القافة، وألحقه أحد الرجلين.

أخرجه عبدالرزاق: (٧ / ٣٦٠، ٣٦١ - ح ١٣٤٧٥، ١٣٤٨٠)، والطحاوي في شرح معاني الآثار: (٤ / ١٦٢، ١٦٣) القضاء والشهادات، باب الولد يدعيه الرجلان كيف الحكم فيه؟، والبيهقي (١٠ / ٢٦٣، ٢٦٤) الدعوى والبينات، باب القافه ودعوى الولد، من عدة طرق عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

الأثر صحيح، وقال البيهقي عقب روايته من طريق يحيى بن عبدالرحمن ابن حاطب عن أبيه عن عمر: «هذا إسناد صحيح موصول».

. . . .

. . . .

بهم[١]، وإن ألحقته بكافر أو أمة لم يحكم بكفره ولا رقه[٢]، ولا يلحق بأكثر من أم[٣].

والقافة: قوم يعرفون الأنساب بالشبه، ولا يختص ذلك بقبيلة معينة[٤] ويكفي واحد[٥].

---

(١) وهذا هو المذهب، ويكون ابناً لهم يرثهم ميراث ابن، ويرثونه جميعاً ميراث أب واحد، لما ورد عن عمر ـ رضي الله عنه ـ في امرأة وطئها رجلان في طهر، فقال القائف: «قد اشتركا فيه جميعاً فجعله بينهما» رواه البيهقي في سننه الكبرى (١٠ / ٢٦٣)، والطحاوي ٢ / ٢٩٢ وإسناده صحيح.

وعند الشافعية: إن ألحقته القافة بأحدهما لحق به، وإن ألحقته بهما يسقط قولهما، ولا يلحق بهما ويترك حتى يبلغ، فإذا بلغ أمر بالانتساب إلى من يميل طبعه إليه، فمن انتسب إليه منهما لحق به؛ لما ورد أن رجلين ادعيا رجلاً لا يدري أيهما أبوه، فقال عمر رضي الله عنه: «اتبع أيهما شئت» رواه البيهقي (١٠ / ٢٦٣) وصححه.

(٢) ويلحق به نسباً، ولا يلزم من لحوق النسب لحوق الدين والرق.

(٣) لأنه محال، فلا يجوز الحكم به.

(٤) كبني مدلج، بل من عرف منه المعرفة بذلك، وتكررت منه الإصابة فهو قائف.

(٥) فالمذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: أنه لا يشترط التعدد في القيافة. لما تقدم من حديث عائشة، ولأنه من باب الخبر. =

. . . .

. . . .

وشرطه: أن يكون ذكراً عدلاً[١] مجرباً في الإصابة[٢]، ويكفي مجرد خبره[٣]، وكذا إن وطئ اثنان امرأة بشبهة في طهر واحد وأتت بولد يمكن أن يكون منهما[٤].

= وعن الإمام مالك: اشتراطه كالشهادة: (المصادر السابقة، وتبصرة الحكام: ٢/١٠٨).

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية: اشتراط الذكورة والعدالة كالحاكم.
وفي قول للشافعية والحنابلة: عدم اشتراطهما.
(مغني المحتاج: ٤/٨٨، والمبدع: ٥/٣١٠).

(٢) نص عليه الشافعية، والحنابلة؛ لأنه أمر علمي، فلابد من العلم بعلمه له، وطريقه التجربة فيه، ويكفى أن يكون مشهوراً بالإصابة، وصحة المعرفة.

(٣) ولا تشترط الشهادة، وذكر ابن القيم: أن الشاهد مخبر، وأن المخبر شاهد، وأن الشرع لم يفرق بينهما. (ينظر الطرق الحكمية: ص ٢٢٢).

(٤) أري القافة، سواء ادعياه، أو جحداه، أو أحدهما.

* * *

. . . .

كِتَابُ الوَقْفِ

كتاب الوقف[1]

يقال: وقف الشيء وحبسه وأحبسه وسبَّلَهُ بمعنى واحد[2]، وأوقفه لغة شاذة[3]، وهو مما اختص به المسلمون[4]، ومن القرب

(١) الأصل في الوقف: الكتاب، كما في قوله تعالى: ﴿**إِنَّا نَحْنُ نُحْيِي الْمَوْتَىٰ وَنَكْتُبُ مَا قَدَّمُوا وَآثَارَهُمْ**﴾ ومن آثار الموتى الوقف.
ومن السنة: حديث عمر ـ رضي الله عنه ـ قال: يا رسول الله، إني أصبت مالاً بخيبر لم أصب قط مالاً أنفس عندي منه، فما تأمرني فيه؟ قال: «**إن شئت حبست أصلها، وتصدقت بها غير أنه لا يباع أصلها، ولا يوهب، ولا يورث، فتصدق بها عمر في الفقراء وذي القربىٰ، والرقاب، وفي سبيل الله، وابن السبيل، والضيف، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف أو يطعم صديقاً غير مُتمولٍ فيه**» متفق عليه، وعن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال: «**إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له**» رواه مسلم.
وقال جابر: «لم يكن أحد من أصحاب النبي ﷺ ذو مقدرة إلا وقف». رواه البخاري.

(٢) فالوقف في اللغة: الحبس والتسبيل.
(المغرب: ١ / ١٧٦، والمطلع: ص ٢٨٥).

(٣) وقيل: لغة بني تميم.

(٤) وفيه نظر، فالوقف معروف قبل الإسلام، ففي تاريخ الرومان واليونان مما يدل على وجود الأوقاف على الآلهة؛ ومن أوقاف العرب في الجاهلية =

وَهُوَ تَحْبِيسُ الأَصْلِ وَتَسْبِيلُ المَنْفَعَةِ، وَيَصِحُّ بِالقَوْلِ وَبِالفِعْلِ الدَّالِّ عَلَيْهِ،

المندوب إليها(١).

(**وهو تحبيسُ الأصل**(٢) **وتسبيل المنفعة**)(٣) على بر أو قربة(٤)، والمرادبالأصل: مال[١] يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه(٥).

وشرطه أن يكون الواقف جائز التصرف(٦).

(**ويصح**) الوقف (**بالقول وبالفعل الدال عليه**) عرفاً(٧).

= بناء قريش للكعبة، وحفر بئر زمزم.

(١) لما تقدم من الأدلة على ذلك، ولقوله تعالى: ﴿**وَافْعَلُوا الْخَيْرَ**﴾.

(٢) أي تمنع العين من البيع، والهبة، والميراث.

(٣) أي إطلاق منفعة الموقوف، من ثمر، أو غلة؛ فتكون ملكاً مطلقاً للموقوف عليه، يملك بيعها، وهبتها، وتورث عنه، ونحو ذلك.

(٤) في حاشية العنقري (٢ / ٤٥٢) عن البهوتي: «قوله تقرباً: إنما هو في وقف يترتب عليه الثواب، فإن الإنسان قد يقف على غيره توددا، أو على ولده خشية بيعه بعد موته وإتلاف ثمنه، أو خشية أن يحجر عليه ويباع في دينه، أو رياء ونحوه، وهو وقف لازم لا ثواب فيه؛ لأنه لم يبتغ به وجه الله».

(٥) بقاء متصلاً كالعقار، والحيوان، والسلاح ونحو ذلك، وهذا هو المذهب، وعند شيخ الإسلام: لا يشترط بقاء العين، ويأتي.

(٦) وهو البالغ، العاقل، الحر، الرشيد.

(٧) فالوقف له صيغتان: قولية، وفعلية.

والقولية تنقسم إلى صريح: وهو ما لا يَحْتَمل إلا الوقف.

وكناية: وهو ما يحتمل الوقف وغيره، ويأتي. =

---

[١] في / س بلفظ (ما لا).

كَمَنْ جَعَلَ أَرْضَهُ مَسْجِداً أَوْ أَذْنَ لِلنَّاسِ فِي الصَّلاةِ فِيهِ، أَوْ مَقْبَرَةً وَأَذِنَ فِي الدَّفْنِ فِيهَا.

(**كمن جعل أرضه مسجداً وأذن للناس في الصلاة فيه**)[1]، أو أذّن فيه وأقام[2]، (أو) جعل أرضه (**مقبرة وأذن**) للناس (**في الدفن فيها**)[3]، أو سقاية وشرعها لهم[4]؛ لأن العُرف جَارٍ بذلك[5]، وفيه دلالة على الوقف.

= والفعلية: الفعل الدال على الوقف عرفاً.

وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ١٧٠): «ويصحُّ الوقف بالقول، وبالفعل الدال عليه عرفاً، كجعل أرضه مسجداً، أو الإذن للناس بالصلاة فيه، أو أذَّن فيه وأقام ...»

وانعقاد الوقف بالفعل هو قول جمهور أهل العلم خلافاً للشافعية.

(البحر الرائق: ٥/ ٢٦٨، وشرح الخرشي: ٧/ ٨٨، ونهاية المحتاج: ٤/ ٢٦٨، والمغني مع الشرح الكبير: ٦/ ١٩٢).

(١) في شرح المنتهى (٢/ ٤٩٠): «ويأذن إذناً عامًّا في الصلاة فيه ولو بفتح الأبواب، أو التأذين، أو كتابة لوح بالإذن أو الوقف؛ قاله الحارثي».

(٢) أي فيما بناه على هيئة المسجد.

(٣) في المنتهى وشرحه (٢/ ٤٩٠): «ويأذن للناس إذناً عامًّا بالدفن فيها، بخلاف الإذن الخاص، وقد يقع على غير الموقوف، فلا يفيد دلالة الوقف؛ قاله الحارثي».

(٤) أي فتح بابها إلى الطريق ونحوه، وكذا موضع التطهير وقضاء الحاجة.

(٥) كالمعاطاة في البيع والهبة، ونحوهما؛ لدلالة الحال.

. . . .

وَصَرِيحُهُ وَقَفْتُ وَحَبَّسْتُ وَسَبَّلْتُ: وَكِنَايَتُهُ، تَصَدَّقْتُ وَحَرَّمْتُ وَأَبَّدْتُ، فَتُشْتَرَطُ النِّيَّةُ مَع الكِنَايَةِ أَو اقْتِرَانُ أَحَدِ الأَلْفَاظِ الخَمْسَةِ أَوْ حُكْمِ الوَقْفِ.

(**وصريحه**) أي: صريح القول: (**وَقَّفْتُ وحبست وسبلت**)، فمتى أتي بصيغة منها صاروقفاً من غير انضمام أمر زائد(١).

(**وكنايته**(٢): **تصدقت وحرمت وأبدت**)، لأنه لم يثبت لها [فيه][١] عرف لغوي ولا شرعي(٣)، (**فتشترط النية مع الكناية**(٤)، **أو اقتران**) الكناية بـ (**أحد الألفاظ الخمسة**) الباقية من الصريح والكناية، كتصدقت بكذا صدقة موقوفة أو محبسة أو مسبلة، أو محرمة، أو مؤبّدة، لأن اللفظ يترجح بذلك لإرادة الوقف، (**أو**) اقترانها بـ (**حكم الوقف**) كقوله: تصدقت بكذا [صدقة][٢] لا تباع ولا تورث(٥).

---

(١) من نية، أو قرينة، أو فعل؛ لعدم احتمال غير الوقف.

(٢) وهو ما يَحْتَمِلْ الوقف وغيره.

(٣) فلا يصح بها الوقف مجردة عما يصرفها إليه، فالصدقة تستعمل في الزكاة وغيرها، والتحريم يصدق في الظهار وغيره، والتأبيد يستعمل في كل ما يراد تأبيده من وقف وغيره.

(٤) وإن قال ما أردت الوقف، فالقول قوله.

(٥) وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ١٧٠): «ومن قال: قريتي التي بالثغر لموالي الذين بها ولأولادهم صحَّ وقفاً، ونقله يعقوب بن إسحاق بن بختان عن أحمد، وإذا قال واحدٌ أو جماعة: جعلنا هذا المكان مسجداً أو وقفاً؛ صار مسجداً ووقفاً بذلك، وإن لم يكملوا =

---

[١] ساقط من / س. [٢] ساقط من / ف.

وَيُشْتَرَطُ فِيهِ المَنْفَعَةُ دَائِماً مِنْ مُعَيَّنٍ يُنْتَفَعُ بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ، كَعَقَارٍ وَحَيَوَانٍ وَنَحْوِهِمَا،

(**ويشترط فيه**) أربعة شروط:

الأول: (**المنفعة**) أي أن تكون العين ينتفع بها (**دائماً من معين**)، فلا يصح وقف شيء في الذمة؛ كعبد ودار ولو وصفه كالهبة[1]، (**ينتفع به مع بقاء عينه، كعقار**[2] **وحيوان ونحوهما**) من أثاث وسلاح[3].

= عمارته، وإذا قال كل منهم: جعلت ملكي للمسجد أو في المسجد ونحو ذلك، صار بذلك حقًّا للمسجد».

(١) في الشرح الكبير مع الإنصاف (١٦ / ٣٧٤): «لأن الوقف إبطال لمعنى المُلك فيه، فلم يصح في غير معين كالعتق».
وفي الإنصاف (١٦ / ٣٧٥): «قوله: ولا يصح وقف غير معين كأحد هذين، هذا المذهب بلا ريب وعليه الأصحاب.
وقال في التلخيص: ويحتمل أن يصح كالعتق، ونقل جماعة عن أحمد في من وقف داراً ولم يحدها، قال: يصح وإن لم يحدها إذا كانت معروفة، اختاره الشيخ تقي الدين، فعلى الصحة: يخرج المبهم بالقرعة، قاله الحارثي وصاحب الرعاية وغيرهما».

(٢) وهذا باتفاق الأئمة؛ لما تقدم من حديث عمر ـ رضي الله عنه ـ وغيره أول الباب.

(٣) فالمذهب، وهو مذهب المالكية، والشافعية: صحة وقف المنقول؛ لما روى أبو هريرة ـ رضي الله عنه ـ وفيه قوله ﷺ: «**وأما خالد فإنكم تظلمون خالداً فقد احتبس أدراعه وأعتده في سبيل الله** ...» متفق عليه، ولحديث أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ مرفوعاً: «**من احتبس فرساً في سبيل الله** =

. . . .

. . . .

ولا يصح وقف المنفعة كخدمة عبد موصى بها(١)، ولا عين لا

= **إيماناً واحتساباً فإن شبعه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيامة حسنات** » رواه البخاري.

وعند الحنفية: لا يصح وقف المنقول إلا أن يكون تابعاً لعقار، أو ورد به النص فيصح وقفه استحساناً، أوجرى به العرف وإليه ذهب محمد بن الحسن وعامة المشايخ، وقال أبو يوسف: لا يجوز.

(حاشية ابن عابدين: ٣/٥١٧، والشرح الكبير للدردير وحاشيته: ٤/٧٥، والمهذب: ١/٤٤٠، والشرح الكبير مع المغني: ٦/٢٤٣).

(١) ومنفعة أم ولده في حياته ومنفعة العين المستأجرة، وهذا المذهب ومذهب الشافعية؛ لأن الأصل في الوقف الدوام.

وعند المالكية: يصح وقف المنفعة. وتقدم أن الأصل عند الحنفية: وقف العقار. (المصادر السابقة).

وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ١٧١): «ولو وقف منفعة يملكها كالعبد الموصى بخدمته، أو منفعة أم ولده في حياته، أو منفعة العين المستأجرة؛ فعلى ما ذكره أصحابنا: لا يصح، قال أبو العباس: وعندي هذا ليس فيه فقه، فإنه لا فرق بين وقف هذا ووقف البناء والغراس، ولا فرق بين وقف ثوب على الفقراء يلبسونه، أو فرس يركبونه، أو ريحان يشمه أهل المسجد، وطيب الكعبة: حكمه حكم كسوتها فعُلِم أن التطييب منفعته مقصودة، لكن قد يطول بقاء مدة التطييب وقد يقصر ولا أثر لذلك».

. . . .

. . . .

- - - - - - - - - - - - - - - - - - -

يصح بيعها كحر وأم ولد(١)، ولا ما لا ينتفع به مع بقائه كطعام لأكل(٢)، ويصح وقف المصحف(٣) والماء[١](٤) والمشاع(٥).

---

(١) ومرهون وآلات لهو وغير ذلك.

وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ١٧١): «ويصح وقف الكلب المعلم والجوارح المعلمة، وما لا يقدر على تسليمه، وأقرب الحدود في الموقوف: أنه كل عين تجوز عاريتها».

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية؛ لعدم الدوام. وتقدم أصل الحنفية قريباً، وعند المالكية: يصح وقفه. (المصادر السابقة).

وفي الإنصاف مع الشرح الكبير (١٦ / ٣٧٩): «والمطعوم والرياحين لا يصح وقفها، وهو المذهب، وقال الشيخ تقي الدين: لو تصدق بدهن على مسجد ليوقد فيه جاز، وهو من باب الوقف؛ وتسميته وقفاً بمعنى أنه وقف على تلك الجهة لا ينتفع به في غيرها لا تأباه اللغة، وهو جار في الشرع، وقال أيضاً: يصح وقف الريحان ليشمه أهل المسجد».

(٣) وهذا هو المذهب، ومذهب المالكية، والشافعية، وبه قال محمد بن الحسن من الحنفية؛ لأن الأصل الحل. (المصادر السابقة).

(٤) لما ورد عن عثمان ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ «قدمَ المدينة وليس بها ماء يستعذب غير بئر رُومة، فقال: **من يشتري بئر رومة فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين بخير له منها في الجنة، فاشتريتها من صلب مالي**» رواه النسائي والترمذي وحسنه.

(٥) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لحديث عمر ـ رضي الله عنه ـ المتقدم قريباً «أنه أصاب مائة سهم بخيبر، واستأذن النبي ﷺ فيها=

---

[١] في / هـ بلفظ (المال).

وَأَنْ يَكُونَ عَلَى بِرٍّ كَالْمَسَاجِدِ وَالقَنَاطِرِ وَالمَسَاكِينِ

(و) الشرط الثاني: (**أن يكون على برٍّ**)(١) إذا كان على جهة عامة؛ لأن المقصود منه التقرب إلى الله تعالى، وإذا لم يكن على بر؛ لم يحصل المقصود (**كالمساجد والقناطر**(٢) **والمساكين**)(٣) والساقيات(٤)

= فأمره بوقفها» ولحديث أنس ـ رضي الله عنه ـ لمَّا أراد النبيُّ ﷺ بناء المسجد قال: «**يا بني النجار ثامنوني بحائطكم هذا، قالوا: والله لا نطلب ثمنه إلا إلى الله**» رواه البخاري، ولأن الوقف تحبيس الأصل، وتسبيل المنفعة، وهذا يحصل من المشاع كما يحصل من المفرد.
وعند محمد بن الحسن: عدم صحة وقف المشاع؛ لأن القبض عنده شرط لتمام الوقف فكذا ما يتم به.
(حاشية ابن عابدين: ٣/٥٠٤، والشرح الكبير للدردير: ٤/٧٦، ومغني المحتاج: ٢/٢٧٧، والمغني مع الشرح الكبير: ٦/٢٣٨).

(١) وهذا هو المذهب؛ وهو مذهب الحنفية في الجملة؛ لما علل به المؤلف.
وعند المالكية والشافعية: لا يشترط أن يكون على بر، لكن يشترط ألا يكون على معصية؛ بناء على أن الوقف تمليك. (المصادر السابقة).

(٢) في المطلع (ص ٢٨٦): «جمع قنطرة قال الجوهري: وهي الجسر». أي على الماء.

(٣) وكالغزاة، والعلماء، والحج، والغزو، وإصلاح الطرق.

(٤) في المطلع (ص ٢٨٣): «السقاية بكسر السين: الموضع الذي يتخذ فيه الشراب في المواسم وغيرها ... والمراد هنا بالسقاية: البيت المبني لقضاء حاجة الإنسان».

. . . .

وَالأَقَارِبِ مِنْ مُسْلِمٍ وَذِمِّيٍّ،

وكتب العلم، (**والأقارب من مسلم وذمي**)[١]؛ لأن القريب الذمي موضع القربة بدليل جواز الصدقة عليه[٢]، ووقفت صفية ـ رضي الله عنها ـ على أخ لها يهودي[٣]، فيصح الوقف على كافر معين[٤].

---

(١) وهذا هو المذهب، وهو مذهب الحنفية، والمالكية والشافعية؛ لما استدل به المؤلف. (المصادر السابقة).
ولقوله تعالى: ﴿**لا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَارِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ**﴾.

(٢) وإذا جازت الصدقة الصدقة عليه جاز الوقف عليه.

(٣) لم أجده بلفظ الوقف، وإنما وجدته من طريق أيوب عن عكرمة أن صفية أوصت لأخ لها يهودي بالثلث، أخرجه سعيد بن منصور في السنن (١/ ١١٠) الوصايا، باب وصية الصبي (ح ٤٣٧)، والبيهقي: (٦/ ٢٨١) الوصايا، باب الوصية للكفار.
وأخرجه عبدالرزاق: (٦/ ٣٣ - ح ٩٩١٤)، (١٠/ ٣٥٣-٣٥٤ - ح ١٩٣٤٢، ١٩٣٤٤)، وابن أبي شيبة: (١١/ ١٦١) الوصايا، باب في الوصية لليهودي والنصراني (ح ١٠٨١٢) والدارمي: (٢/ ٣٠٧) الوصايا، باب الوصية لأهل الذمة (ح ٣٣٠١) من طريق سفيان الثوري عن الليث عن نافع عن ابن عمر، وجاء في بعض ألفاظه «أن صفية أوصت لابن أخٍ لها يهودي» وفي بعضها «أن صفية أوصت لنسيب لها يهودي».

(٤) ولو كان الذمي الموقف عليه أجنبيًّا من الوقف، ويستمر له إن أسلم.

. . . .

غَيْرَ حَرْبِيٍّ وَكَنِيسَةٍ،

(غير حربي) ومرتد(١) لانتفاء الدوام؛ لأنهما مقتولان عن قرب، [١(و) غير (كنيسة) وبيعة(٢) وبيت نار وصومعة(٣) فلا يصح الوقف عليها(٤)، لأنها بنيت للكفر، والمسلم والذمي في ذلك سواء١](٥).

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم.
وفي وجه للشافعية: صحة الوقف على المرتد بناء على صحة تملكه.
(المصادر السابقة)

(٢) في المطلع (ص ٢٢٤): «الكنائس: واحدتها كنيسة، وهي معبد النصارى كصحيفة وصحائف، والبيع: جمع بيعة بكسر الباء، قال الجوهري: البيعة للنصارى، فعلى هذا الكنائس والبيع من المترادف، وقال الزجاج: البيع بيع النصارى، والصلوات: كنائس اليهود، فعلى هذا الكنائس لليهود والبيع للنصاري، وعلى هذا يكون متبايناً».

(٣) بيت النار: متعبد المجوس،والصوامع متعبد الرهبان.(لسان العرب ٨/ ٢٠٨).

(٤) وكذا إذا وقف على حصرها، أو قناديلها، أو خدمها.

(٥) وهذا باتفاق الأئمة؛ لما علل به المؤلف، وسواء كان الواقف مسلماً أو ذميًّا.
لكن عند الحنفية: لو وقف المسيحي على مسجد أو كنيسة، ثم من بعدها على الفقراء، أو أي وجه من وجوه البر العام صح وقفه، لكن يصرف ريعه على ما سماه من جهة البر العام.
(فتح القدير: ٥/ ٣٨، والبحر الرائق: ٥/ ٢٠٤، وحاشية الدسوقي: ٤/ ٧٨، والمهذب: ١/ ٤٤٢، ومغني المحتاج: ٢/ ٣٧٩، والمغني مع الشرح الكبير: ٦/ ٢٣٩).

[١-١] ساقط من / ف.

وَنَسْخِ التَّوْرَاةِ وَالإِنْجِيلِ وَكُتُبِ زَنْدَقَةٍ،

(و) غير (نسخ التوارة[١] والإنجيل(١) وكتب زندقة) وبدع مضلة(٢)، فلا يصح الوقف على ذلك؛ لأنه إعانة على معصية(٣)، وقد غضب النبي حين رأى مع عمر شيئاً استكتبه من التوراة، وقال: «**أفي شك أنت يا ابن الخطاب؟**(٤) **ألم آت بها بيضاء نقية**(٥)، **ولو كان أخي موسى حيًّا ما وسعه إلا اتباعي**»(٦) ولا يصح أيضاً على قطاع الطريق أو[٢] المغاني أو

(١) أو شيء منها؛ لكونها منسوخة مبدلة، فلا يصح الوقف عليها. (كشاف القناع ٤/ ٢٤٧).

(٢) ككتب الدرزية، والباطنية، والقدرية، والخوارج.

(٣) لما اشتملت عليه كتب الزندقة من البدع والكفريات.

(٤) استفهام إنكار.

(٥) يعني شريعته ﷺ كاملة، فتغنيك عما جاء به موسى من التوراة.

(٦) لأنه ﷺ أرسل إلى الناس كافة، وعيسى عليه السلام إذا نزل إنما يحكم بشريعة محمد ﷺ.

أخرجه أحمد: (٣/ ٣٨٧)، والدارمي: (١/ ٩٥) المقدمة، باب ما يتقى من تفسير حديث النبي ﷺ وقول غيره عند قوله ﷺ (ح ٤٤١)، وابن أبي شيبة: (٩/ ٤٧) الأدب، باب من كره النظر في كتب أهل الكتاب (ح ٦٤٧٢)، وابن أبي عاصم في السنة: (١/ ٢٧ – ح ٥٠)، والبزار كما في كشف الأستار: (١/ ٧٩ – ح ١٢٤)، وابن عبدالبر في جامع بيان العلم: (ص ٣٣٩)، والبغوي في تفسيره: (١/ ١٩٧)، وفي شرح=

[١] في / م، ف، هـ بلفظ (التوريه). [٢] في / ف بلفظ (والمغاني).

....

فقراء أهل الذمة، أو التنوير على قبر أو تبخيره أو على من يقيم عنده أو يخدمه[١]، ولا وقف ستور لغير الكعبة[٢].

= السنة: (١/٢٧٠ - ح ١٢٦) من طريق مجالد بن سعيد الهمداني عن الشعبي عن جابر بن عبدالله، ومجالد فيه ضعف، لكن الحديث له شواهد تقويه منها حديث عبدالله بن ثابت الأنصاري أخرجه عبدالرزاق: (٦/١١٣ - ح ١٠١٦٤)، (١٠/٣١٣ - ح ١٩٢١٣)، وأحمد: (٣/٤٧٠-٤٧١)، والطبراني كما في مجمع الزوائد: (١/١٧٣)، وابن سعد وابن الضريس والحاكم في الكنى والبيهقي في شعب الإيمان. انظر: الدر المنثور (٥/١٤٨).

ومن الشواهد أيضاً حديث عمر بن الخطاب؛ أخرجه أبو يعلى كما في مجمع الزوائد: (١/١٧٣)، وفي الإسناد عبدالرحمن بن إسحاق ضعفه أحمد وغيره.

(١) لأنه من وسائل الشرك، ولحديث عائشة ـ رضي الله عنها ـ أن النبي ﷺ قال: «**لعن الله اليهود والنصارى اتخذوا قبور أنبيائهم مسجداً**». متفق عليه.

(٢) لأنه بدعة، ولحديث علي رضي الله عنه مرفوعاً: «**لا تدعن صورة إلا طمستها، ولا قبراً مشرفاً إلا سويته**» رواه مسلم، فالبناء على القبر، أو وضع الستور عليه، ونحو ذلك أصل شرك العالم.

....

وَكَذَا الوَصِيَّةُ وَالوَقْفُ عَلَى نَفْسِه،

(**وكذا الوصية**) فلا تصح على من لا يصح الوقف عليه[١].

(و) كذا (**الوقف على نفسه**)[٢] قال الإمام: لا أعرف الوقوف إلا

---

(١) ويأتي في باب الوصايا.

(٢) وهذا هو المذهب ومذهب المالكية والشافعية؛ لما علل به المؤلف لما ثبت من حديث ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ أن النبي ﷺ قال لعمر: «**إن شئت حبست أصلها، وتصدقت بها**» متفق عليه. فالصدقة بالثمرة والريع يمنع أن يكون للواقف فيها حق، ولأن الوقف عقدٌ يقتضي زوال الملك فصار كالبيع والهبة، فلما لم يصح مبايعته لنفسه، ولا هبته لها لم يصح الوقف عليها.

وعند أبي حنيفة وأبي يوسف، وهو رواية عن الإمام أحمد واختاره شيخ الإسلام: يصح الوقف على نفسه، ولما ورد عن عثمان ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال: «**من يشتري بئر رومة فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين بخير منها في الجنة فأشتريتها من صلب مالي**» رواه الترمذي وحسنه، ولأن عمر ـ رضي الله عنه ـ وقف داراً له فسكنها إلى أن مات، ولأن الزبير جعل رباعه صدقات موقوفات فسكن منزلاً منها إلى أن خرج إلى العراق، ولأنه يصح أن يقف وقفاً عامًّا فينتفع به كذا إذا خص نفسه بانتفاعه.

وفي الإنصاف مع الشرح (١٦ /٣٨٧): «قلت وهذه الرواية – أي الجواز – عليها العمل في زماننا وقبله عند حكامنا من أزمنة متطاولة، وهو الصواب وفيه مصلحة عظيمة، وترغيب في فعل الخير، وهو من =

. . . .

. . . .

ما أخرجه لله تعالى أو في سبيله، فإن وقفه عليه حتى يموت فلا أعرفه؛ لأن الوقف إما تمليك للرقبة أو المنفعة.

ولا يجوز له أن يملك نفسه من نفسه، ويصرف في الحال لمن بعده كمنقطع الابتداء[١]، فإن وقف على غيره واستثنىٰ كل الغلة أو بعضها أو الأكل منه مدة حياته[٢] أو مدة معلومة صح الوقف والشرط؛ لشرط[٣] عمر ـ رضي الله عنه ـ . . . .

= محاسن المذهب».

(البحر الرائق: ٥ / ٢٣٩، ومواهب الجليل: ٦ / ٢٤، ومغني المحتاج: ٢ / ٣٨٠، ومطالب أولي النهى: ٤ / ٢٨٤).

(١) كما لو قال: وقف على نفسي، ثم من بعدي أولادي، لأن وجود من لا يصح الوقف عليه كعدمه، ويأتي حكم الوقف المنقطع قريباً.

(٢) أو الانتفاع لنفسه، أو أهله، أو شرط أن يطعم صديقه منه مدة معينة، أومدة حياته.

(٣) وهذا هو المذهب، وهو المفتى به عند الحنفية؛ لما استدل به المؤلف، ولما تقدم من آثار الصحابة، ولقوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾ والإيفاء بالعقد يتضمن الإيفاء بأصله ووصفه، ولقوله ﷺ في حديث أبي هريرة: «**المسلمون على شروطهم**» رواه البخاري معلقاً، ولأنه يصح أن يقف وقف عامًّا فينتفع به، وكذلك إذا خص نفسه.

وعند المالكية والشافعية: بطلان الوقف؛ لما تقدم من أدلة منع الوقف على النفس. (المصادر السابقة).

. . . .

وَيُشْتَرَطُ فِي غَيْرِ الـمَسْجِدِ وَنَحْوِهِ:

أكل الوالي منها(١)، وكان هو الوالي عليها(٢) وفعله جماعة من الصحابة.

الشرط الثالث[١]: أشار[٢] إليه بقوله: (**ويشترط في غير**) الوقف على (**المسجد ونحوه**) كالرباط(٣) والقنطرة(٤)

---

(١) ولفظه: «**لا جناح على من وليها أن يأكل منها، أو يطعم صديقاً غير متمول منها**» متفق عليه، وكان الوقف في يده إلى أن مات، ثم ابنته حفصه، ثم ابنه عبدالله رضي الله عنهم.

(٢) ولفظه: «**ليس على الولي جناح أن يأكل ويؤكل صديقًا له غير متمول**» أخرجه البخاري: (٣/ ٦٥) الوكالة، باب الوكالة في الوقف، (٣/ ١٨٥) الشروط، باب الشروط في الوقف، (٣/ ١٩٤، ١٩٦، ١٩٧) الوصايا، باب ما للوصي أن يعمل في مال اليتيم، وما يأكل منه بقدر عمالته، وباب الوقف كيف يكتب، وباب نفقة القيم للوقف، ومسلم (٣/ ١٢٥٥، ١٢٥٦) الوصية، باب الوقف (ح ١٥).

(٣) في المصباح (١/ ٢١٥): «الرباط اسم من رابط مرابطة؛ من باب قاتل إذا لازم ثغر العدوِّ، والرباط: الذي يبنى للفقراء».

(٤) في المصباح (٢/ ٥٠٨): «القنطرة: ما يبنى على الماء للعبور عليه، وهي فنعلة، والجسر أعم؛ لأنه يكون بناء وغير بناء».

---

[١] في / ز بلفظ (الشرط الثاني).

[٢] في / ظ (ما أشار).

أَنْ يَكُونَ عَلَى مُعَيَّنٍ يَمْلِكُ،

(**أن يكون على معين يملك**)[١] ملكًا ثابتًا؛ لأن الوقف تمليك، فلا يصح على مجهول؛ كرجل ومسجد، ولا على أحد هذين[٢]، ولا على عبد[٣]

---

(١) باتفاق الأئمة: أن الوقف لا يكون إلا على جِهة يِصحُّ ملكها والتملك لها؛ لأن الغاية من الوقف صرف غلته وتمليك منافعه للموقوف عليه، فغلة الوقف مملوكة، فلا يصح إلا فيما يصح الملك.
(ينظر: وقف هلال: ص ٥٣، ومواهب الجليل: ٦ /٢٢، وروضة الطالبين: ٥ /٣١٧، ومطالب أولى النهى: ٤ /٢٨٩).

(٢) في الإنصاف مع الشرح (١٦ /٣٩٣): «ولا يصح على مجهول كرجل ومسجد بلا نزاع، وكذا لا يصح لو كان مبهماً كأحد هذين الرجلين على الصحيح من المذهب ... وقيل: يصح».
وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ١٧٢): «قال في المحرر: ولا يصح وقف المجهول، قال أبو العباس: المجهول نوعان: مبهم ومعين؛ مثل: دار لم يرها، فمنع هذا بعيد، وكذلك هبته، فأما الوقف على المبهم فهو شبيه بالوصية له، وفي الوصية له روايتان منصوصتان؛ مثل أن يوصي لأحد هذين، أو لجاره محمد؛ وله جاران بهذا الاسم، ووقف المبهم مفرع على هبته وبيعه، وليس عن أحمد في هذا منع».

(٣) وهذا هو المذهب، ومذهب المالكية والشافعية؛ عدم صحة الوقف على العبد مطلقاً؛ لأنه لا يملك، والوقف تمليك منجر، فلم يجز على من لا يملك كالهبة والصدقة،ولا ينصرف إلى مولاه؛لأن الواقف لم يقصده. =

. . . .

لاَ مَلَكٌ وَحَيَوَانٌ

ومكاتب[١].

و (**لا**) على (**ملك**)[٢] وجني وميت[٣] (**وحيوان**[٤]. . . . . . .

= وعند الحنفية: أن الوقف على مملوك الغير صحيح، والغلة للمملوك، فإذا قبلها دخلت في ملك سيده، وإذا باع السيد مملوكه انتقلت غلة هذا الوقف لمولاه الذي اشتراه.

(أحكام الأوقاف للخصاف: ص ١٢٢، والتاج والإكليل: ٦ / ٢٢، وروضة الطالبين: ٥ / ٣١٧، ومذهب أولي النهي: ٤ / ٢٨٩).

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية؛ لأن ملكه غير مستقر.

وعند بعض الشافعية وبعض الحنابلة: جواز الوقف على المكاتب؛ لجواز إعطائه من الزكاة. (المصادر السابقة).

(٢) بفتح اللام، واحدة الملائكة.

(٣) كأن يقول: داري التي يسكنها فلان إذا مات وقف عليه.

(٤) وهذا هو المذهب: لا يصح الوقف على البهيمة.

في الإنصاف مع الشرح (١٦ / ٣٩٧) «اختار الحارثي الصحة، وقال: هو الأظهر عندي كما في الوقف على القنطرة، والساقية، وينفق عليها».

وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ١٧١): «وقد نص أحمد في الذين حبس فرساً عليها حلية محرمة أن الحلية تباع، وينفق عليها منها، وهو تصريح بجواز وقف مثل هذا».

. . . .

وَقَبْرٌ وَحَمْلٌ،

وحمل(١)[١] أصالة، ولا على من سيولد(٢)، ويصح على ولده ومن

---

(١) أصالة كأن يقول: هذا وقف على حمل هذه المرأة.

وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفية، والشافعية: أنه لا يصح الوقف على الحمل أصالة؛ لأنه ليس أهلاً للتمليك.

وعند المالكية: يصح الوقف على الحمل أصالة.

وفي الإنصاف (١٦/٣٩٦): «وصحح ابن عقيل جواز الوقف على الحمل ابتداء، واختاره الحارثي، قال في الفروع: ولا يصح على حمل بناء على أنه تمليك إذن وأنه لا يملك وفيهما نزاع».

(ينظر: شرائع الإسلام: ١/٢٤٧، ومواهب الجليل: ٦/٢٢، وروضة الطالبين: ٥/٣١٧، ومطالب أولي النهى: ٤/٢٨٩).

مسألة: الوقف على القبر: كأن يقول هذا وقف على قبر فلان، فلا يصح؛ لنهي النبي ﷺ عن البناء على القبور، واتخاذ المساجد والسرج عليها فكيف بالوقف على العكوف عندها والتبرك بها؟

قال ابن القيم (٣/١٧): «الوقف على المشاهد باطل، وهو مال ضائع، فيصرف في مصالح المسلمين، فإن الوقف لا يصح إلا في قربة، فلا يصح على مشهد ولا قبر يسرج عليه ويُعَظَّم ويُنذر له، ويعبد من دون الله».

(٢) وهذا هو المذهب.

وقال المجد: ظاهر كلام أحمد صحته، أورده ابن رجب.

(الإنصاف مع الشرح: ١٦/٣٩٧).

---

[١] في بعض الحواشي وبعض المطبوعات بزيادة لفظ: (وقبر).

. . . .

يولد له ويدخل الحمل والمعدوم تبعاً[1].

الشرط الرابع: أن يقف ناجزاً[2].

فلا يصح مؤقتاً[3] ولا معلقاً إلا بموت[4]، وإذا شرط أن يبيعه متى

---

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم، إلا أن الشافعية والحنابلة قالوا: لا يستحق الحمل أو من سيولد إلا بعد انفصاله.

(المصادر السابقة)

(٢) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لأنه نقل للملك فيما لم يبن على التغليب والسراية، فلم يجز تعليقه على شرط في الحياة كالهبة.

وعند المالكية: يصح الوقف معلقاً، واختاره شيخ الإسلام، والحارثي، وقال: الصحة أظهر ونصره. (ينظر المصدر السابق).

(٣) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم،.

وعند المالكية: صحة الوقف المؤقت. (المصادر الآتية).

(٤) وهذا هو المذهب، وهو مذهب الحنفية، والشافعية.

وتقدم مذهب المالكية: صحة الوقف المعلق مطلقاً.

وعند الحنفية والشافعية: يكون في حكم الوصية.

وعند الحنابلة: يقع لازماً من حينه من الثلث.

(البحر الرائق: ٥/٢٠٨، وشرح الخرشي: ٧/٩١، ونهاية المحتاج: ٤/٢٧٢، ومطالب أولي النهى: ٤/٢٩٤).

ويدل على صحة تعليق الوقف بالموت: ما ورد أن عمر ـ رضي الله عنه ـ=

. . . .

لاَ قُبُولُهُ

شاء أو يهبه أو يرجع فيه بطل الوقف والشرط[١]، قاله في «الشرح».

(**لا قبوله**) أي قبول الوقف، فلا يشترط ولو كان على معين[٢]،

= كتب في وصيته: «هذا ما أوصى به عبدالله عمر ـ أمير المؤمنين ـ إن حدث به حدثٌ أن ثمغاً ....» رواه أبو داود، ولأن هذا تبرع معلق؛ بالموت فصح كالهبة والصدقة المعلقة.

(١) وهذا هو المذهب وفي المغني (٨/١٩٢): «لا نعلم فيه خلافاً» لأنه ينافي مقتضى العقد.

وفي الإنصاف مع الشرح (١٦/٣٩٨): «وقيل: يبطل الشرط دون الوقف، وهو تخريج من البيع، وما هو ببعيد، وقال الشيخ تقي الدين: يصح في الكل نقله عنه في الفائق».

(٢) إذا وقف وقفاً فلا يخلو من أمرين:

الأمـــر الأول: أن يكون الوقف على غير معين كالمساكين، والمساجد، والقناطر وغير ذلك؛ فلا يفتقر إلى قبول، وهذا هو المذهب، وذكر ابن عبدالقوي: أن نائب الإمام يقبله.

الأمـر الثـاني: أن يكون مُعيَّناً زاد في الرعايتين: أو جمعاً محصوراً، فالمذهب: لا يشترط قبوله؛ لأنه أحد نوعي الوقف، فلم يشترط له القبول كالنوع الآخر؛ ولأنه إزالة ملك يمنع البيع والهبة والميراث فلم يعتبر فيه قبول كالعتق. =

---

[١] في / س، م، ف، هـ **بلفظ (فلم)**.

[٢] في / هـ بلفظ (ثم على المساكين).

وَلاَ إِخْرَاجُهُ عَنْ يَدِهِ.

(ولا إخراجه عن يده)(١) لأنه إزالة ملك يمنع البيع فلا[١] يعتبر فيه ذلك كالعتق، وإن وقف على عبده ثم المساكين صرف في الحال

= والوجه الثاني: يشترط لأنه تبرع لآدمي معين، فكان من شرطه القبول كالهبة والوصية. (الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٦ / ٤٠٣).

وفي الإنصاف: «قال الشيخ تقي الدين: وأخذ الريع قبول».

وفي الاختيارات (ص ١٧٣): «والصواب الذي عليه محققو الفقهاء في مسألة الوقف على المعين إذا لم يقبل أورده أن ذلك ليس كالموقوف عليه وإلا انتقل إلى من بعده ... إذ الطبقة الثانية تتلقى من الوقف لا من الموقوف عليه».

(١) أي لا يشترط إخراجه عن يده؛ لحديث عمر، فإن وقفه كان بيده إلى أن مات.

وبه قال أبو يوسف وهو مذهب الشافعي، والإمام أحمد؛ لما تقدم من الدليل.

وعند المالكية: يشترط القبض لتمام الوقف، وحوزه، فإن لم يجز الوقف وحدث مانع كموت الواقف، أو استغراق دين قبل انتهاء السنة، أو مرض متصل بالموت بطل الوقف إذا لم يجزه الغرماء في حال استغراق التركة بالدين، أو الورثة في حال مرض الموت، وتكون الإجازة منهم بعد الوفاة.

(المبسوط: ١٢ / ٣٥، وشرح الخرشي: ٧ / ٨٤، ومغني المحتاج: ٢ / ٣٨٣، والمغني في الشرح: ٦ / ١٨٨).

. . . .

. . . .

لهم(١)، وإن وقف على جهة تنقطع كأولاده ولم يذكر مآلا، أو قال:

---

(١) الوقف من حيث الانقطاع ينقسم إلى أقسام:

الأول: منقطع الابتداء والانتهاء؛ كأن يقف على المغني الفلاني.

الثاني: وقف متصل الابتداء منقطع الانتهاء؛ كأن يقف على زيد ولم يزد، أو يقف على زيد ثم أولاده ما تناسلوا ولم يزد؛ لجواز انقراضهم.

الثالث: وقف منقطع الابتداء متصل الانتهاء؛ كأن يقف على المغني ثم على الفقراء.

الرابع: وقف منقطع الوسط متصل الابتداء والانتهاء؛ كأن يقف على الفقراء ثم المغني، ثم على الفقراء.

الخامس: وقف مطلق؛ مثل أن يقف وقفاً مطلقاً ولم يذكر سبيله.

واختلف العلماء في الوقف هل يشترط عدم انقطاعه أم لا؟

فعند أبي حنيفة وهو مذهب الشافعية: أنه يشترط في الجهة الموقوف عليها عدم الانقطاع؛ لأن القصد بالوقف أن يتصل الثواب على الدوام وهذا لا يوجد في المنقطع.

وعند المالكية والحنفية: الوقف على جهة يتوهم انقطاعها جائز؛ لأنه تَصرُّفٌ معلوم فصح كما صرح بمصرفه المتصل، ولأن الأصل في ذلك الصحة، وهذا أقرب؛ لأن الوقف فعل خير فلا يمنعه منه إلا لدليل.

(البحر الرائق: ٥ / ٢١٣، والشرح الكبير: للدردير وحاشيته: ٤ / ٨٥، ومغني المحتاج: ٢ / ٣٨٤، والمغني مع الشرح الكبير: ٦ / ٢١٧).

. . . .

. . . .

هذا وقف ولم يعين جهة صحَّ(١)، وصرف بعد أولاده لورثة الواقف نسباً على قدر إرثهم وقفاً عليهم(٢)، لأن الوقف مصرفه البر وأقاربه أولى الناس ببره(٣) فإن لم يكونوا فعلى المساكين.

---

(١) وهذا هو المذهب: أو قال: صدقة موقوفة، ولم يذكر سبيله صح؛ لأنه إزالة ملك على وجه القربة فصح كالأضحية.
وهذا قول أبي يوسف، ومذهب المالكية، لما تقدم من التعليل.
وعند الحنفية والشافعية: يشترط كون جهة الوقف معلومة بذكرها صراحة في الصيغة، ليعلم مصرفه، وجهة استحقاقه. (المصادر السابقة).

(٢) غنيهم وفقيرهم؛ لاستوائهم في القرابة؛ لأن الملك زال بالوقف، فلا يعود ملكاً لهم.

(٣) وهذا هو المذهب في مصرف الوقف المنقطع لحديث سليمان بن عامر ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال: «**صدقتك على ذي رحمك صدقة وصلة**». رواه أحمد والترمذي وحسنه والنسائي وابن ماجه وصححه الحاكم.
ولحديث سعد ـ رضي الله عنه ـ وفيه قوله ﷺ له: «**إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكفَّفون الناس**» متفق عليه، ولأنهم أولى الناس بصدقته المفروضة والنافلة فكذا الموقوفة.
وعن الإمام أحمد: أنه يصرف للمساكين، واختارها ابن قدامة؛ لأن المساكين هم مصرف الصدقات وحقوق الله ـ تعالى ـ من الكفارات ونحوها. =

. . . .

. . . .

. . . .

= وعن الإمام أحمد: يجعل في بيت المال؛ لأنه لا مستحق له فأشبه مال من لا وارث له.

وعن الإمام أحمد: أنه يصرف إلى أقرب العصبة وقفاً؛ لأنهم خصّوا بالعقل عنه وبميراث مواليه فخصوا بهذا.

وعند المالكية: إن كان الوقف مؤبداً فإنه يرجع وقفاً إلى أقرب فقراء عصبة الواقف من الذكور، وكذلك الأنثى التي لو قُدِّر أنها رجل لكانت عصبة، ولا يدخل فيهم الواقف، فإن كانوا أغنياء أو لم يوجدوا فلأقرب فقراء عصبتهم، فإن لم يوجدوا فللفقراء.

أما إذا كان الوقف مؤقتاً؛ كأن يقف على معينين لمدة عشر سنين مثلاً، فإذا مات أحدهم انتقل نصيبه إلى الباقين، فإن بقي واحد كان له جميع الوقف، فإنْ ماتوا انتقل الوقف ملكاً للواقف، أو لوارثه إن مات.

(ينظر: المغني مع الشرح: ٦/ ٢١٧، والشرح الكبير للدردير: ٤/ ٨٥).

* * *

. . . .

فصلٌ

وَيَجِبُ العَمَلُ بِشَرْطِ الوَاقِفِ

فصل[١](١)

(ويـجب العمل بشرط الواقف) لأنَّ عمر ـ رضي الله عنه ـ وقف وقفاً وشرط فيه شروطاً(٢)، ولو لم يجب اتباع شرطه لم يكن في اشتراطه فائدة(٣).

---

(١) أي فيما يشترطه واقف في وقفه من جمع، أو تقديم، أو ترتيب، أو نظر، أو اعتبار وصف أو عدمه، وغير ذلك.

(٢) فقال رضي الله عنه: «في الفقراء وذوي القربى، والرقاب، وفي سبيل الله، وابن السبيل، والضيف . . .» وتقدم تخريجه قريباً.

(٣) ولقوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾ والإيفاء بالعقد يتضمن الإيفاء بأصله ووصفه، ومن وصفه الشرط فيه،ولحديث أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال: «**المسلمون على شروطهم**» علقه البخاري بصيغة الجزم.

وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ١٧٦) : «وقول الفقهاء: نصوص الواقف كنصوص الشارع، يعني في الفهم والدلالة لا في وجوب العمل مع أن التحقيق أن لفظ الواقف والموصى، والناذر والحالف، وكل عاقد يحمل على مذهبه، وعادته في خطابه ولغته التي يتكلم بها، وافق لغة العرب، أو لغة الشارع أولا، والعادة المستمرة والعرف المستقر في الوقف يدل على شرط الواقف أكثر مما يدل لفظه لأستفاضته» ا.هـ.

وقال ابن القيم في إعلام الموقعين ١ /٣١٣ : «إن أحسن الظن بقائل =

---

[١] ساقط من / هـ.

فِي جَمْعٍ

(في جمع) بأن يقف على أولاده وأولاد أولاده[١] ونسله وعقبه[٢].

= هذا القول حمل كلامه على أنها كنصوص الشارع في الدلالة، وتخصيص عامها بخاصها، وحمل مطلقها على مقيدها، واعتبار مفهومها كما يعتبر منطوقها، وأما وجوب الاتباع وتأثيم من أخل بشيء منها، فلا يظن ذلك بمن له نسبة ما إلى العلم».

قال في الإنصاف مع الشرح (١٦ / ٤٤٥): «فوائد: **الأولى**: يتعين مصرف الوقف إلى الجهة المعينة له. على الصحيح من المذهب. وقال الشيخ تقي الدين: يجوز تغيير شرط الواقف إلى ما هو أصلح منه، وإن اختلف ذلك باختلاف الأزمان، حتى لو وقف على الفقهاء، والصوفية، واحتاج الناس إلى الجهاد، صرف إلى الجند. وقيل: إن سُبِّلَ ماء للشرب، جاز الوضوء منه. قال في «الفروع»: فشرب ماء موقوف للوضوء يتوجه عليه، وأولى، وعنه – أي الإمام أحمد – يجوز إخراج بسط المسجد وحصره لمن ينتظر الجنازة. وأما ركوب الدآبة لعلفها وسقيها، فيجوز؛ نقله الشالنجي.

الثانية: إذا شرط الواقف لناظره أجرة، فكلفته عليه حتى تبقى أجرة مثله على الصحيح من المذهب، وقال المصنف – ابن قدامة – ومن تبعه: كلفته من غلة الوقف. قيل للشيخ تقي الدين: فله العادة بلا شرط؟ فقال: ليس له إلا ما يُقابل عمله». ا.هـ.

(١) لأن العطف يقتضي التشريك بين أولاده وأولادهم.

(٢) فإن إطلاق التشريك يقتضي التسوية بينهم.

فيكون الوقف في حالة الجمع لجميع المستحقين الكبير والصغير، والذكر والأنثى، والغني والفقير.

وَتَقْدِيمٍ وَضِدُّ ذَلِكَ، وَاعْتِبَارُ وَصْفٍ وَعَدَمُهُ،

(**وتقديم**) بأن يقف [[١]على أولاده مثلاً يقدم الأفقه[٢]، أو الأدين، أو المريض ونحوه(١)، (**وضد ذلك**) فضد الجمع [الإفراد][٣]، بأن يقف على ولده زيد ثم أولاده[٤](٢)، وضد التقديم والتأخير بأن يقف على ولد[٥] فلان بعد بني فلان(٣).

(**واعتبار وصف أو عدمه**)[٦] بأن يقول[١]: على أولادي الفقهاء،

---

(١) كالأصلح، أو الفقير، فيرجع إلى شرطه، فيعطى المقدم كفايته، ثم يعطى البقية كفايتهم إن كفى وإلا قسم بينهم.

(٢) فمثال الإفراد: أن يقف على زيد الفقير، ثم بقية الفقراء، فَيُخْتَصُّ زيدٌ بالغلة إلى أن يموت، ثم يكون لبقية الفقراء.

وقول المؤلف: بأن يقف على ولده زيد، ثم أولاده فيه نظر؛ إذ فيه تخصيص بعض الأولاد بعينه دون بقية الأولاد، والوقف تبرع، وقد قال ﷺ في حديث النعمان بن بشير رضي الله عنه: «**اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم**» متفق عليه.

(٣) هذا مثال للترتيب، ومثال التأخير: هذا وقف على أولادي، ويؤخر الفاسق، أو هذا وقف على طلبة العلم، ويؤخر غير القاري، فيأخذ غير المؤخر كفايته، فإن فضل شيء أخذ المؤخر كفايته أو ما بقي. مما هو دون الكفاية.

ومثال الترتيب: أن يقف على زيد ثم عمرو، والفرق بين التأخير والترتيب: أن المؤخر له ما فضل عن المقدم، فإن لم يفضل له شيء سقط، وأما الترتيب فلا شيء للثاني مع وجود الأول، وإن حصل فضل.

[١-١] ساقط من / م، ف.

[٢] لفظ الأفقه مكرره في / هـ.

[٣] ساقط من جميع النسخ ما عدا / ز.

[٤] في / هـ بلفظ (على أولاده).

[٥] في / ط بلفظ (ولده).

[٦] في / هـ بلفظ (وعدمه).

وَتَرْتِيبٌ،

فيختص بهم(١) أو يطلق[١] فيعمهم وغيرهم.

(**والترتيب**) بأن يقول: على أولادي ثم أولادهم ثم أولاد أولادهم(٢).

---

(١) أو الصلحاء، ونحو ذلك فيكون الاستحقاق أو الحرمان مرتباً على ذلك.

(٢) فيصير الاستحقاق مرتباً بطناً على بطن، فليس للبطن الثاني حقٌّ ما بقي من البطن الأول مستحق، فلا يستحق ولد البنين مع وجود آبائهم، هذا هو المذهب.

وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ١٨٠): «والأظهر فيمن وقف على ولديه نصفين، ثم على أولادهما وأولاد أولادهما، وعقبهما من بعدهما بطناً بعد بطن: أنه ينتقل نصيب كلٍّ إلى ولده وإن لم ينقرض جميع المستحقين من البطن الأول، وهو أحد الوجهين في مذهب أحمد... ولو قال: وقفت على أولادي، ثم أولادهم الذكور والإناث، ثم أولادهم الذكور وإن سفلوا، فإن أحد الطبقة الأولى لو كانت بنتاً فماتت ولها أولاد؛ فما استحقَّتْهُ قبل موتها فلهم».

وقال في مجموع الفتاوىٰ (١ / ٨٢): «وإنما يغلط من يغلط في مثل هذه المسألة حين يظن أن الطبقة الثانية تتلقى من التي قبلها، فإن لم تستحق الأولى لم تستحق الثانية، ثم يظنون أن الوالد إذا مات قبل الاستحقاق لم يستحق ابنه وليس كذلك، بل هم يتلقون من الواقف حتى لو كانت الأولى محجوبة بمانع من الموانع، مثل أن يشترط الواقف في المستحقين أن يكونوا فقراء أو علماء أو غير ذلك، ويكون الأب مخالفاً للشرط المذكور وابنه متصفاً به؛ فإنه يستحق الابن وإن لم يستحق أبوه؛ كذلك إذا مات الأب قبل الاستحقاق فإنه يستحق ابنه».

---

[١] في / م، ف (ويطلق).

وَنَظَرٌ وَغَيْرُ ذَلِكَ،

(**ونظر**) بأن يقول: الناظر فلان فإن مات[١] ففلان؛ لأن عمر ـ رضي الله عنه ـ جعل وقفه إلى حفصة تليه ما عاشت ثم يليه ذوي الرأي من أهلها[٢].

(**وغير ذلك**)، كشرط ألا يؤجر أو قدر مدّة الإجارة أو ألا ينزل فيه فاسق أو شرير[٣] أو متجوه ونحوه،[٤] وإن نزل مستحق تنزيلاً

(١) أو شرطه لنفسه.

(٢) أخرجه أبو داود: (٣/٢٩٩ ـ ٣٠٠) الوصايا، باب ما جاء في الرجل يوقف الوقف (ح ٢٨٧٩)، والبيهقي: (٦/١٦٠) الوقف، باب الصدقات المحرمات، بلفظه.
وأخرجه ابن سعد في الطبقات الكبرى: (٣/٣٥٧)، والبيهقي: (٦/١٦١) من طريق يزيد بن هارون عن عبدالله بن عون عن نافع عن ابن عمر، ولفظه «**أن عمر أوصى إلى حفصة، ثم إلى الأكابر من آل عمر**» وإسناده صحيح.

(٣) قال شيخ الإسلام في الاختيارت (ص ١٨٢): «الجهات الدينية مثل: الخوانق والمدارس ونحوها لا يجوز أن ينزل فيها فاسق سواء فسقه بظلمه الخلق ... أو كان فسقه بتعديه حدود الله؛ يعني ولو لم يشترطه الواقف».

(٤) أي متخذ جاه، أو متعالٍ على غيره، ونحوه كمبتدع.

فَإِنْ أَطْلَقَ ولَمْ يَشْتَرِطْ؛اسْتَوَى الغَنِيُّ وَالذَّكَرُ وَضِدُّهُمَا،والنَّظَرُ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْه،

شرعيًّا لم يجز صرفه بلا موجب شرعي(١).

(**فإن أطلق**) في الموقوف عليه (**ولم يشترط**) وصفاً (**استوى الغني والذكر وضدهما**) أي الفقير والأنثى لعدم ما يقتضي التخصيص(٢)، (**والنظر**) فيما إذا لم يشترط النظر لأحد أو شرط لإنسان ومات (**للموقوف عليه**) المعين(٣) لأنه ملكه وغلته له، فإن كان واحداً استقل

---

(١) قال شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ١٧٦): «ولا يجوز أن يولي فاسقاً من جهة دينية كمدرسة وغيرها مُطلقاً؛ لأنه يجب الإنكار عليه وعقوبته فكيف يُولَّى؟ ... وإن نزل تنزيلاً شرعيًّا لم يجز صرفه بلا موجب شرعي، وكلُّ متصرف بولاية إذا قيل له: افعل ما تشاء فإنما هو لمصلحة شرعية حتى لو صرح بفعل ما يهواه، أو يراه مطلقاً، فهو شرط باطل لمخالفته الشرع ...».

(٢) أي من شرط، أو وصف.

(٣) وهذا هو المذهب، ومذهب المالكية: أن النظر إذا لم يشترطه الواقف للموقوف عليه المعين؛ لما علل به المؤلف.

وعند الحنفية والشافعية؛ أن النظر لا يكون للموقوف عليه المعين؛ لأن الموقوف عليه كالأجنبي وعليه فلا حق له في الولاية، ولأنه قد يستغل الوقف استغلالاً يؤدي إلى خرابه استعجالاً للثمرة، ولأن الوقف انتقل إلى ملك الله تعالى.

(الإسعاف: ص ٤٢، والبحر الرائق: ٥/ ٢٥١، والشرح الكبير للدردير: ٢/ ٢٦٧، والمنهاج: ٢/ ٣٨٩، والمغني: ٨/ ٢٣٧). =

. . . .

به مطـلقـاً[١]، وإن كانوا جماعة فهو بينهم على قدر حصصهم[٢]، وإن كان صغيراً أو نحـوه[٣] قام وليه مقامه فيه[٤]، وإن كـان الوقـف

= وفي كشاف القناع (٤ / ٢٧٠) : « ولا تشترط فيه العدالة، ويضم إلى الفاسق عدل ذكره ابن أبي موسى والسامريّ وغيرهما؛ لما فيه من العمل بالشرط وحفظ الوقف، ويضم إلى ناظر ضعيف قوي أمين؛ ليحصل المقصود » .

(١) أي يملك غلته، والنظر عليه .

(٢) كأولاده، أو أولاد زيد .

(٣) كمجنون أو سفيه .

(٤) بما يحتاجه من حفظ، وعمارة، وتحصيل ريع . . . وغير ذلك .

فرع : قال في الإنصاف مع الشرح (١٦ / ٤٤٧) : « إذا عزل الواقف من شرط له النظر لم ينعزل إلا أن يشرط لنفسه ولاية العزل قطع به الحارثي، ولو مات هذا الناظر في حياة الواقف لم يملك الواقف نصب ناظر بدون شرط وانتقل الأمر إلى الحاكم » .

قال في الإنصاف مع الشرح (١٦ / ٤٥٣) : « قال الشيخ تقي الدين : ومن لم يقم بوظيفته، عزله من له الولاية لمن يقوم بها، إذا لم يتب الأول ويلتزم بالواجب . ويجب أن يولى الوظائف وإمامة المساجد الأحقُّ شرعاً، وأن يعمل بما يقدرُ عليه من عمل واجب . وقال في « الأحكام السلطانية » : ولاية الإمام بالناس طريقها الأولى، لا الوجوب، بخلاف ولاية القضاء والنقابة؛ لأنه لو تراضى الناس بإمام يُصلي لهم، صح، ولا=

. . . .

. . . .

. . . .

= يجوز أن يؤُمَّ في المساجد السلطانية، وهي الجوامع، إلا من ولاه السلطان؛ لئلا يُفتات عليه فيما وكل إليه. وقال في «الرعاية»: إن رضوا بغيره بلا عذر، كره، وصح في المذهب. ذكره في آخر الأذان.

السادسة: لو شرط الواقف ناظراً، ومدرساً، ومعيداً، وإماماً، فهل يجوزُ لشخص أن يقوم بالوظائف كلها، وتنحصر فيه؟ صرح القاضي في «خلافة الكبير» بعدم الجواز في الفيء، بعد قول الإمام أحمد: لا يتمولُ الرجل من السواد. وأطال في ذلك. وقال الشيخ تقي الدين في «الفتاوى المصرية»: وإن أمكَنَ أن يجمع بين الوظائف لواحدٍ، فعل. انتهى.

السابعة: يشترط في الناظر: الإسلام، والتكليف، والكفاية في التصرف، والخبرة به، والقوة عليه. ويضم إلى الضعيف قوي أمين. ثم إن كان النظر لغير الموقوف عليه، وكانت توليته من الحاكم، أو الناظر، فلابد من شرط العدالة فيه. قال الحارثي: بغير خلاف علمتُه. وإن كانت توليته من الواقف، وهو فاسقٌ، أو كان عدلاً ففسق، فقال المُصنف وجماعة: يصحُّ، ويضمُّ إليه أمين. ويحتمل ألا يصح تولية الفاسق، وينعزل إذا فسق. وقال الحارثي: ومن متأخري الأصحاب من قال بما ذكرنا في الفسق الطارئ، دون المقارن للولاية، والعكس أنسب؛ فإن في حال المقارنة مسامحة لما يتوقعُ منه، بخلاف حالة الطريان. انتهى.

الثامنة: وظيفة الناظر: حفظ الوقت، والعمارة، والإيجارُ، والزراعة، والمخاصمة فيه، وتحصيل ريعه؛ من أجره، أو زرعِه، أو ثمره، والاجتهادُ في تنميته، وصرفه في جهاته؛ من عمارة، وإصلاح، وإعطاء مستحق، ونحو ذلك،

. . . .

. . . .

. . . .

وله وضعُ يده عليه، وعلى الأصل. ولكن إذا شرط التصرف له واليد لغيره، أو عمارته إلى واحد، وتحصيل ريعه إلى آخر، فعلى ما شرط؛ قاله الحارثي. وقال الشيخ تقي الدين: ونصبُ المستوفي الجامع للعمال المتفرقين، وهو بحسب الحاجة، والمصلحة، فإن لم تتم مصلحة قبض المال وصرفه إلا به وجب، وقد يستغنى عنه لقلة العمال.

التاسعة: قال الأصحاب: لا اعتراض لأهل الوقف على من ولاه الواقف، إذا كان أميناً، ولهم مسألته عما يحتاجون إلى عمله من أمر وقفهم، حتى يستوي علمهم وعلمه فيه. قال في «الفروع»: ونصه، إذا كان مُتهماً. انتهى. ولهم مطالبته بانتساخ كتاب الوقف؛ ليكون في أيديهم وثيقة لهم. قال الشيخ تقي الدين: وتسجيل كتاب الوقف من الوقف كالعادة.

العاشرة: ما يأخذه الفقهاء من الوقف؛ هل هو كإجارة أو جعالة، واستحق ببعض العمل؛ لأنه يوجب العقد عرفاً، هو كالرزق من بيت المال؟ فيه ثلاثة أقوال، ذكرها الشيخ تقي الدين، واختار الأخير، فقال: وما يؤخذُ من بيت المال، فليس عوضاً وأجرة، بل رزقٌ للإعانة على الطاعة، وكذلك المال الموقوف على أعمال البر، والمُوصى به، أو المنذور له، ليس كالأجرة والجعل. انتهى.

وقال الشيخ تقي الدين أيضاً: ممن أكل المال بالباطل قومٌ لهم رواتب أضعاف حاجتهم، وقومٌ لهم جهات معلومها كثير يأخذونه ويستنيبون بيسير. وقال أيضاً: النيابة في مثل هذه الأعمال المشروطة جائزةٌ، ولو عينه الواقف، إذا كان النائب مثل مستنيبه، وقد يكون في ذلك مفسدة راجحة كالأعمال المشروطة في الإجارة على عمل في الذمة».

. . . .

وَإِنْ وَقَفَ عَلَى وَلَدِهِ أَوْ وَلَدِ غَيْرِهِ، ثُمَّ عَلَى الـمَسَاكِينِ فَهُوَ لِوَلَدِهِ

على مسجد أو من لا يمكن حصرهم كالمساكين فللحاكم[١]، وله أن يستنيب فيه[٢].

(**وإن وقف على ولده**) أو أولاده (**أو ولد غيره ثم على المساكين فهو لولده**)[٣] الموجود حين الوقف[٤].

---

(١) وهذا قول جمهور الفقهاء. (ينظر: الإسعاف: ص ٤٢، وروضة الطالبين: ٤ /٣٤٧، وكشاف القناع: ٤ / ٢٧١).

وفي الإنصاف مع الشرح (١٦ /٤٤٧): «قال الحارثي: إذا كان الوقف على جهة لا تنحصر كالفقراء والمساكين، أو على مسجد، أو مدرسة... فالنظر للحاكم وجهاً واحداً، وللشافعية وجه: أنه للواقف، وبه قال هلال الرأي من الحنفية، قال الحارثي: وهو الأقوى».

(٢) وعليه أن يولي الأصلح؛ لأن خياره لغيره، ومن كان خياره لغيره، فخياره خيار مصلحة، لا تشبه.

(٣) في المصباح (٢ / ٦٧١): «والوَلَد: بفتحتين كلّ ما ولده شيء، ويطلق على الذكر والأنثى، والمثنى والمجموع».

(٤) وهذا المذهب، عدم دخول الحادث من الأولاد.

والرواية الثانية: يدخل معهم الحادث تبعاً، اختاره ابن أبي موسى، وأفتى به ابن الزاغوني، وهو ظاهر كلام القاضي وابن عقيل. (الإنصاف مع الشرح: ١٦ / ٤٦٢).

. . . .

الذُّكُورِ وَالإِنَاثِ بِالسَّوِيَّةِ، ثُمَّ وِلْدِ بَنِيهِ

(**الذكور والإناث**) والخناثى؛ لأن اللفظ يشملهم (**بالسوية**)[١] لأنه شرك بينهم وإطلاقها يقتضي التسوية، كما لو أقر لهم بشيء، ولا يدخل فيهم الولد المنفي بلعان؛ لأنه لا يسمى ولده[٢]، (**ثم**) بعد أولاده لـ (**ولد بنيه**) وإن سفلوا لأنه ولده[٣].

(١) وهذا هو المذهب؛ لما استدلَّ به المؤلف، وفي الشرح الكبير مع الإنصاف (١٦/٤٦٢): «ولا نعلم في هذا خلافاً».

(٢) ولا يجوز أن ينسب إليه، ولا يرثه.

(٣) وهذا هو المذهب، في كشاف القناع (٤/٢٧٨): «لقوله تعالى: ﴿**يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ**﴾ فدخل فيه ولد البنين وإن سفلوا، وكذلك كل موضع ذكر الله فيه الولد دخل فيه ولد البنين»، فالمطلق من كلام الآدمي إذا خلا عن قرينة يحمل على المطلق من كلام الله تعالى ويفسر بما يفسر به؛ ولأن ولد ولده ولد له بدليل قوله تعالى: ﴿**يَا بَنِي آدَمَ**﴾ وقوله ﷺ: «**ارموا بني إسماعيل فإن أباكم كان رامياً**».

والرواية الثانية: لا يدخلون مطلقاً.

وعن أحمد روايةٌ ثالثة: يدخلون إن كانوا موجودين حالة الوقف، وإلا فلا قدمه في الفائق.

وذكر القاضي: إن كان ثم ولد لم يدخل ولد الولد، وإن لم يكن ولد دخل، كالميراث.

(قواعد ابن رجب القاعدة الثالثة والخمسون، والإنصاف مع الشرح: ١٦/٤٦٤).

. . . .

دُونَ بَنَاته،

ويستحقونه مرتباً[١]، وجدوا حين الوقف أو لا، (**دون**) ولد (**بناته**)[٢]

---

(١) أي ترتيب بطن على بطن، فلا يستحق أولاد البنين شيئاً حتى ينقرض الأولاد. وتقدم أن شيخ الإسلام يرى أنه ترتيب فرد على فرد، وأن من مات من ولد قام أولاده مقامه.

(٢) قال في المغني (٨ / ٢٠٢): «إذا وقف على قوم، وأولادهم، وعاقبتهم، ونسلهم. دخل في الوقف ولد البنين، بغير خلاف نعلمه، فأما ولد البنات؛ فقال الخرقي: لا يدخلون فيه، وممن قال إنه لا يدخل ولد البنات في الوقف الذي على أولاده وأولاد أولاده، مالك، ومحمد بن الحسن. وهكذا إذا قال: على ذريتهم ونسلهم. وقال أبو بكر، وعبدالله ابن حامد: يدخل فيه ولد البنات. وهو مذهب الشافعي، وأبي يوسف؛ لأن البنات أولاده، فأولادهن أولاد الأولاد حقيقة، فيجب أن يدخلوا في الوقف، لتناول اللفظ لهم، وقد دل على صحة هذا قول الله تعالى: ﴿ **وَنُوحًا هَدَيْنَا مِن قَبْلُ وَمِن ذُرِّيَّتِهِ دَاوُودَ وَسُلَيْمَانَ** ﴾ إلى قوله: ﴿ **وَعِيسَى** ﴾. وهو من ولد بنته، فجعله من ذريته، وكذلك ذكر الله ـ تعالى ـ قصة عيسى وإبراهيم وموسى وإسماعيل وإدريس، ثم قال: ﴿ **أُوْلَئِكَ الَّذِينَ أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِم مِّنَ النَّبِيِّينَ مِن ذُرِّيَّةِ آدَمَ وَمِمَّنْ حَمَلْنَا مَعَ نُوحٍ وَمِن ذُرِّيَّةِ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْرَائِيلَ** ﴾. وعيسى معهم. وقال النبي ﷺ للحسن: «**إن ابني هذا سيدٌ**». وهو ولد بنته. ولما قال الله تعالى: ﴿ **وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ** ﴾. دخل في التحريم حلائل أبناء البنات، ولما حرم الله ـ تعالى ـ البنات، دخل في التحريم بناتُهن. ووجه قول الخرقي، أن الله ـ تعالى ـ قال: ﴿ **يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي**=

. . . .

- - - - - - - - - - - - - - - - - - - -

فلا يدخل ولد البنات في الوقف على الأولاد إلا بنص أو قرينة لعدم دخولهم في قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾.

= أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾. فدخل فيه ولد البنين دون ولد البنات، وهكذا كل موضع ذكر فيه الولد في الإرث والحجب، دخل فيه ولد البنين دون ولد البنات. ولأنه لو وقف على ولد رجل، وقد صاروا قبيلة، دخل فيه ولد البنين دون ولد البنات بالاتفاق، وكذلك قبل أن يصيروا قبيلة. ولأنه لو وقف على ولد العباس في عصرنا، لم يدخل فيه ولد بناته، فكذلك إذا وقف عليهم في حياته، ولأن ولد البنات منسوبون إلى آبائهم دون أُمهاتهم، قال الشاعر:

بنُونـا بنـُو أبنائِنَـا وبَنَاتُنَـا بَنُوهُنَّ أبناءُ الرجَالِ الأبَاعدِ

وقولهم: إنهم أولاد أولاد حقيقة. قلنا: إلا أنهم لا ينسبون إلى الواقف عرفاً، ولذلك لو قال: أولاد أولادي المنتسبين إليَّ. لم يدخل هؤلاء في الوقف. ولأن ولد الهاشمية من غير الهاشمي ليس بهاشمي، ولا ينسب إلى أبيها. وأما عيسى عليه السلام، فلم يكن له أبٌ ينسب إليه، فنُسب إلى أمه لعدم أبيه، ولذلك يقال عيسى بن مريم، وغيره إنما يُنسب إلى أبيه، كيحيى بن زكريا. وقول النبي ﷺ: «**إن ابني هذا سيدٌ**». تجوُّزٌ بغير خلاف، بدليل قول الله تعالى: ﴿مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ﴾. وهذا الخلاف فيما إذا لم يوجد ما يدلُ على تعيين أحد الأمرين، فأمَّا إن وجد ما يصرفُ اللفظ إلى أحدهما، انصرف إليه».

. . . .

كَمَا لَوْ قَالَ: عَلَى وَلَدِ وَلَدِهِ وَذُرِّيتِهِ لِصُلْبِهِ، وَلَوْ قَالَ: عَلَى بَنِيهِ أَوْ بَنِي فُلاَنٍ اخْتَصَّ بِذُكُورِهِمْ،

(**كما لو قال: على ولد ولده وذريته لصلبه**)(١) أو عقبه أو نسله، فيدخل ولد البنين، وجدوا حالة الوقف أو لا دون ولد البنات إلا بنص أو قرينة(٢) والعطف بـ «ثم» للترتيب، فلا يستحق البطن الثاني شيئاً حتى ينقرض الأول(٣)، إلا أن يقول: من مات عن ولد فنصيبه لولده(٤)، والعطف بـ «الواو» للتشريك(٥)، (**ولو قال: على بنيه أو بني فلان اختص بذكورهم**)(٦)،

---

(١) أي يدخل ولد البنين دون ولد البنات في الوقف على الأولاد كما لو قال على ولده لصلبه، وذريته لصلبه بلا خلاف.

(٢) كما لو قال: وقف على أولادي، ثم من بعدهم أولادهم، وليس له عند الوقف إلا بنت.

(٣) تقدم قريباً، الفرق بين الترتيب والتقديم.

(٤) استحق كل ولد بعد أبيه نصيبه؛ لأنه صريح في ترتيب الأفراد.

(٥) وفي الاختيارات (ص ١٨٠): «والواو كما تقتضي الترتيب فلا تنفيه، فهي ساكتة عنه نفياً وإثباتاً، ولكن تدل على التشريك وهو الجمع المطلق، فإن كان في الوقف ما يدل على الترتيب ... عمل به، ولم يكن ذلك منافياً لمقتضى الواو، ولا يلزم من التشريك التسوية، بل يعطى بحسب المصلحة».

(٦) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما استدل به المؤلف. وعند الحسن، وإسحاق وأبي ثور: هو للذكر والأنثى جميعاً؛ لأنه لو وقف على بني فلان، أو أوصى لهم ـ وهم قبيلة ـ دخل فيه الذكر والأنثى. (المغني: ٨/ ٢٠٦).

. . . .

إلاَّ أَنْ يكُونُوا قَبِيلَةً فَيَدْخُلَ فِيهِ النِّسَاءُ دُونَ أَوْلاَدِهِن مِنْ غَيْرِهِمْ، والقَرَابَةُ، وَأَهْلُ بيتِه، وَقَوْمُهُ

لأن لفظ البنين وضع لذلك حقيقة. قال تعالى: ﴿أَمْ لَهُ الْبَنَاتُ وَلَكُمُ الْبَنُونَ﴾(١)، (**إلا أن يكونوا قبيلة**) كبني هاشم وتميم وقضاعة(٢).

(**فيدخل فيه النساء**) لأن اسم القبيلة يشمل ذكرها[١] وأنثاها(٣) (**دون أولادهن من غيرهم**)؛ لأنه ينتسبون إلى القبيلة الموقوف عليها، (**والقرابة**)[٢] إذا وقف على قرابته أو قرابة زيد (**وأهل بيته وقومه**) ونسبائه[٣](٤).

---

(١) سورة الطور، الآية: ٣٩.

(٢) أي يدخل النساء في الوقف مع الذكور والخناثى؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾.

(٣) في الشرح الكبير مع الإنصاف (١٦/٤٨٨): «لأن اسم القبيلة ذكرها وإنثاها، قال الله تعالى: ﴿يَا بَنِي آدَمَ﴾ ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾ يريد الجميع، وروي أن جواري بني النجار قلن:

نحن جوار من بني النجار يا حبذا محمدٌ من جار

ويقال: امرأة من بني هاشم» ا.هـ.

وفي الإنصاف: «وإن كانوا قبيلة فجزم المصنف بعدم دخول أولاد النساء من غيرهم، وهو أحد الوجهين، جزم به في المغني والشرح ...

وقيل: بدخولهم قد مه في الرعايتين ... والفائق».

(٤) وآله. (كشاف القناع: ٤/٢٨٧).

---

[١] في / ظ بلفظ (ذكورها وإناثها).

[٢] في / هـ بلفظ (ولا قرابة). [٣] في / م ، ف بلفظ (ونساؤه).

يَشْمَلُ الذَّكَرَ وَالأُنْثَى مِنْ أَوْلَادِهِ وَأَوْلَادِ أَبِيهِ وَجَدِّهِ وَجَدِّ أَبِيهِ،

(**يشمل الذكر والأنثى من أولاده و**) أولاد (**أبيه و**) أولاد (**جده و**) أولاد (**جد أبيه**) فقط(١) لأن النبي ﷺ لم يجاوز بني هاشم بسهم ذوي القربى، ولم يعط قرابة أمه - وهم بنو زهرة - شيئاً ويستوي فيه الذكر والأنثى، والكبير والصغير،والقريب والبعيد، والغني[والفقير][١]؛ لشمول

(١) وهذا هو المذهب؛ لما استدلَّ به المؤلف.

وفي الإنصاف مع الشرح (٦/ ٤٩٢): «وعن الإمام أحمد: يختص بولده وقرابة أبيه - وإن علا - مطلقاً اختاره الحارث. قال ابن قدامة: فعلى هذه الرواية يعطى من يعرف بقرابته من قبل أبيه وأمه الذين ينتسبون إلى الأب الأدنى. ا.هـ. ومثاله: لو وقف على أقارب المصنف، وهو عبدالله ابن أحمد بن قدامة بن قدام بن نصر؛ فالمستحقون هم المنتسبون إلى قدامة؛ لأنه الأب الذي اشتهر انتساب المصنف إليه.

فوقف أبي طلحة دخل فيه حسان وأبي، وبين أبي وأبي طلحة ستة أجداد، وهذا مذهب الشافعي.

وعند أبي حنيفة: قرابته كل ذي رحم محرم ... ، وقال مالك: يقسم على الأقرب فالأقرب بالاجتهاد، وعن الإمام أحمد: يختص بثلاثة آباء فقط، وهل يتقيد بأربعة آباء أيضاً؟ فيه روايتان، وأطلقهما الحارثي، وفي الكافي: احتمال بدخول كل من عرف بقرابته من جهة أبيه وأمه من غير تقييد بأربعة آباء، قال الحارثي: وهو الصحيح» ا.هـ.

وعن الإمام أحمد: دخول أزواجه من أهل بيته ومن أهله وصححها شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ٥٥).

[١] ساقط من / س.

. . . .

اللفظ لهم، ولا يدخل فيهم من يخالف دينه(١).

وإن وقف على ذوي رحمه(٢) شمل كل قرابة [له][١] من جهة الآباء(٣) والأمهات(٤) والأولاد(٥)(٦) لأن الرحم يشملهم، والموالي يتناول المولى من فوق وأسفل(٧).

---

(١) فإذا كان الواقف مسلماً لم يدخل في قرابته كافرهم.

(٢) كأن يقول: وقف على رحمي، أو أرحامي.

(٣) كالآباء، والأعمام وبنيهم، والعمات وبنات العم.

(٤) كأمه وأبيها، وأخوالها، وخالاته.

(٥) كابنه وبنته، وأولادهم.

(٦) فيصرف إلى كل من يرث بفرض، أو تعصيب، أو رحم، هذا هو المذهب وقال في الرعاية الصغرى والحاوي الصغير: هم قرابته لأبويه وولده.
ونقل صالح: يختص من يصله من أهل أبيه وأمه، ولو جاوز أربعة آباء.
(الإنصاف مع الشرح: ١٦ / ٥١٩).

(٧) أي إذا وقف على الموالي، وله موال من فوق أعتقوه، وموال من أسفل أعتقهم تناول اللفظ المولى من فوق، والمولى من أسفل، واستووا في الاستحقاق إن لم يفضل بعضهم على بعض، وإن لم يكن له إلا أحدهما أخذه، ومتى انقرض مواليه فلعصبتهم، وإن لم يكن له موال حين قال وقفت على موالي كان الوقف لموالي العصبة؛ لأن الاسم يشملهم.
(يُنظر كشاف القناع: ٤ / ٢٩١).

---

[١] ساقط من / ظ.

وَإِنْ وُجِدَتْ قَرِينَةٌ تَقْتَضِي إِرَادَةَ الإِنَاثِ أَوْ حِرْمَانِهِنَّ عُمِلَ بِهَا، وَإِنْ وَقَفَ عَلَى جَمَاعَةٍ يُمْكِنُ حَصْرُهُمْ وَجَبَ تَعْمِيمُهُمْ وَالتَّسَاوِي،

(**وإن وجدت قرينة تقتضي إرادة الإناث**[١] أو) تقتضي (**حرمانهن عمل بها**) أي بالقرينة[٢] لأن دلالتها كدلالة اللفظ.

(**وإذا وقف على جماعة يمكن حصرهم**) كأولاده،أو أولاد زيد وليسوا قبيلة (**وجب تعميمهم والتساوي**) بينهم[٣]؛ لأن اللفظ يقتضي ذلك، وقد أمكن الوفاء به، فوجب العمل بمقتضاه[٤]، فإن كان الوقف في ابتدائه على من يمكن استيعابه فصار مما لا يمكن استيعابه[٥] كوقف عليٍّ - رضي الله عنه[٦] - وجب تعميم من أمكن منهم والتسوية بينهم[٧]،

---

(١) كقوله: من مات عن ولد فنصيبه ولده.

(٢) كقوله: وقف على أولادي لصلبي.

ما لم يكن الإناث من أولاده لصلبه فلا يجوز حرمانُهُنَّ، وتخصيص الذكور بالوقف على الصحيح،لحديث النعمان بن بشير - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «**اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم**» متفق عليه.

(٣) أي وجب تعميمهم بالوقف والتساوي بينهم ذكرِهم وأنثاهم، صغيرهم وكبيرهم.

(٤) كما لو أقر لهم بشيء.

(٥) كرجل وقف على ولده، وولد ولده ونسله.

(٦) على ولده ونسله. (الإنصاف مع الشرح: ١٦ / ٥١٤).

(٧) لأن التعميم والتسوية واجبان في الجميع، فإذا تعذرا في بعض وجب فيما لم يتعذر فيه، كواجب عجز عن بعضه.

. . . .

وَإِلاَّ جَازَ التَّفْضِيلُ وَالاقْتِصَارُ عَلَى أَحَدِهِمْ.

(**وإلا**): يمكن حصرهم واستيعابهم كبني هاشم وتميم(١) لم يجب تعميمهم(٢) لأنه غير ممكن.

و (**جاز التفضيل**) لبعضهم على بعض(٣) لأنه إذا جاز حرمانه جاز تفضيل غيره عليه(٤)، (**والاقتصار على أحدهم**)(٥) لأن مقصود الواقف بر ذلك الجنس(٦) وذلك يحصل بالدفع إلى واحد منهم(٧)، وإن وقف

---

(١) والمساكين، وأهل المدينة، ونحو ذلك. (الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٦/٥١٤).

(٢) إجماعاً. (المغني: ٨/٢٠٨).

(٣) ويراعي الأحق به.

(٤) وأولى من الحرمان، لقوله تعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾.

(٥) وهذا هو المذهب؛ لما علَّلَ به المؤلف.
ويحتمل ألا يجزئ أقل من ثلاثة، وهو مذهب الشافعي.
(الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٦/٥١٥).

(٦) من أهل القبيلة، أو البلد.

(٧) وفي المقنع مع الشرح (١٦/٥١٦): «فإن كانوا من أهل الزكاة لم يدفع إلى واحد منهم أكثر من القدر الذي يدفع إليه من الزكاة؛ إذا كان الوقف على صنف واحد من أصناف الزكاة».
وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ١٧٧): «وما يأخذه الفقهاء من الوقف هل هو إجارة، أو جعالة، أو كرزق من بيت المال؟ =

. . . .

مدرسة أو رباطًا ونحوهما على طائفة اختصت بهم(١)، وإن عين إماماً أو نحوه تعين(٢)، والوصية في ذلك كالوقف(٣).

= فيه أقوال ثالثها المختار».

وكذلك المال الموقوف على أعمال البِرِّ، والموصى به، والمنذور له ليس كالأجرة والجعل.

(١) أي اختصت المدرسة أو الرباط أو نحوهما به.

(٢) في حاشية العنقري (٢/٤٧٧): «كأن يشترط ألا يؤم في مسجد وقفه إلا فلان، ما لم يكن في شيء من أحكام الصلاة مخالفاً لصريح السنة».

(٣) لكن الوصية أعم من الوقف على ما يأتي. (المصدر السابق).

* * *

. . . .

فصلٌ

وَالوَقْفُ عَقْدٌ لازِمٌ

فصل

(والوقف عقد لازم)(١) بمجرد[١] القول وإن لم يحكم به حاكم،

---

(١) وهذا هو المذهب، وهو مذهب المالكية، والشافعية: أن الوقف عقد لازم، لما استدل به المؤلف، لحديث عمر - رضي الله عنه - المتقدم، وفيه قول النبي ﷺ له: «**تصدق بأصله ولا يباع، ولا يوهب، ولا يورث، ولكن ينفق ثمره، فتصدق به عمر**» رواه البخاري، ولإجماع الصحابة على الوقف قال جابر رضي الله عنه: «**لم يكن أحد من أصحاب النبي ﷺ ذو مقدرة إلا وقف**» رواه البخاري.

وعند أبي حنيفة: أن الوقف غير لازم، وللواقف الرجوع في الوقف والتصرف فيه؛ لما روي أن عبدالله بن زيد جاء إلى رسول الله ﷺ، فقال يا رسول الله: «**إن حائطي هذا صدقة إلى الله ورسوله، فجاء أبواه فقالا: يا رسول الله كان قوام عيشنا فردَّه رسول الله ﷺ**» رواه الدارقطني والبيهقي، لكنه لا يثبت منقطعًا، ولما روي أن عمر - رضي الله عنه - قال: «**لولا أني ذكرت صدقتي لرسول الله ﷺ لرددَتْها**» رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار، لكنه منقطع.

(المبسوط: ١٢ / ٢٧، والإسعاف: ص ٣، ومنح الجليل: ٣ / ٣٨، وروضة الطالبين: ٥ / ٣٤٢، والمغني: مع الشرح الكبير: ٦ / ١٨٨).

وعند شيخ الإسلام: الوقف عقد لازم وله شرط الرجوع والخيار؛ لعموم حديث أبي هريرة مرفوعاً: «**المسلمون على شروطهم**» علَّقهُ البخاري بصيغة الجزم.

---

[١] في / هـ بلفظ (لمجرد).

لاَ يَجُوزُ فَسْخُهُ وَلاَ يُبَاعُ

كالعتق لقوله ﷺ : «**لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث**» قال الترمذي: العمل على هذا الحديث عند أهل العلم(١)، فـ (**لا يجوز فسخه**) بإقالة ولا غيرها(٢) لأنه مؤبد، (**ولا يباع**) ولا يناقل به.

(١) أخرجه البخاري: (٣/١٨٥) الشروط، باب الشروط في الوقف، (٣/١٩٤، ١٩٦) الوصايا، باب وما للوصيّ أن يعمل في مال اليتيم، وباب الوقف كيف يكتب، مسلم: (٣/١٢٥٥) الوصية (ح ١٥)، والترمذي: (٣/٦٥٠) الأحكام، باب في الوقف (ح ١٣٧٥) من حديث عبدالله بن عمر.

(٢) الرجوع عن الوقف ينقسم إلى قسمين:

الأول: الرجوع عن الوقف المطلق: فالمذهب، وهو قول جمهور أهل العلم: عدم جواز ذلك لقوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾ والرجوع في الوقف مخالف لأمر الله ـ تعالى ـ في وجوب الوفاء بالعقود، ولقول النبي ﷺ لعمر رضي الله عنه: «**إن شئت حبسْتَ أصلها وتصدقت بها**» متفق عليه، والحبس يدل على المنع والتأبيد، وفي صحيح البخاري قال النبي ﷺ لعمر رضي الله عنه: «**تصدق بأصله ولا يباع ولا يوهب ولا يورث**»، وهذه التقييدات من الرسول ﷺ تقتضي أنه لا يجوز التصرف في العين بما يزيل وقفيتها.

وذهب بعض الحنابلة ونسبه البعلي والمرداوي لشيخ الإسلام: «أنه إذا ظهر على الواقف دين فإنه يباع لوفاء دينه، قياساً على المدبر، فقد ثبت =

إِلاَّ أَنْ تَتَعَطَّلَ مَنَافِعُهُ،

(**إلا أن تتعطل منافعه**)[١] بالكلية، كدار انهدمت، أو أرض خربت

= أن الرسول ﷺ باع المدبر في الدين.

ونوقش: بأن النبي ﷺ باع المدبر في هذا الحديث؛ لأن الذي دبره ليس له مال غيره، كما رد النبي ﷺ صدقة كعب بن مالك لما تصدق بجميع ماله.

الثاني: الرجوع عن الوقف المعلق بالموت ما دام الواقف حيًّا، فيجوز؛ لأن كل ما علق بالموت فهو وصية، والوصية لا تلزم قبل الموت.

وعن الإمام أحمد: أنه لا يجوز الرجوع عن الوقف المعلق بالموت، لما تقدم من الأدلة الدالة على لزوم الوقف.

(المبسوط: ١٢/٢٨، وشرح الخرشي على خليل: ٧/٨٤، والمهذب: ١/٤٤٢، وروضة الطالبين: ٥/٣٤٢، الإنصاف: ٧/١٠٠، والمبدع: ٥/٣٥٢، ومجموع فتاوى شيخ الإسلام: ٣١/٢٠٤، والاختيارات: ص ١٧٩).

(١) وهذا هو المذهب وهو مذهب الحنفية: أن الوقف إذا تعطلت منافعه يباع، لكن استثنى الحنفية المسجد، فلا يباع ولو تعطلت منافعه.

وحجة هذا القول ما استدل به المؤلف.

ولحديث ابن عمر رضي الله عنهما، وفيه قوله ﷺ لعمر: «**تصدق بأصله ولا يباع، ولا يوهب، ولا يورث**» متفق عليه، ولحديث أبي هريرة وفيه قوله ﷺ: «**إلا من صدقة جارية**» رواه مسلم، والتمسك بالعين مع تعطل المنافع إبطال لغرض الواقف، وفي استبداله رعاية لغرض الواقف.

وبالقياس على الهدي إذا عطب في السفر، فإنه يذبح في الحال، وإن

. . . .

. . . .

. . . .

كان تختص بموضع معين وللنهي عن إضاعة المال.

وعند المالكية والشافعية: لا يباع ولو تعطلت منافعه.

لحديث ابن عمر رضي الله عنهما، وفيه قوله ﷺ: «**لا يباع أصلها، ولا يوهب ولا يورث**» متفق عليه. ونوقش هذا الاستدلال: بأن المراد بالبيع المنهي عنه: البيع المبطل لأصل الوقف بدليل قرنه بالهبة والإرث، وعلى تقدير عمومه، فإنه مخصوص منه حال التعطل.

وعلى هذا فالأقرب: القول بالجواز، ولا فرق بين المسجد وغيره.

(فتح القدير: ٦/٢٢٨، والبحر الرائق: ٥/٢٤٠، والمدونة: ٦/٩٩، والإشراف: ٢/٨١، وروضة الطالبين: ٥/٣٥٧، والفروع: ٤/٦٢٢، والمبدع: ٥/٣٥٣).

مسألة: مفهوم كلام المؤلف: عدم جواز بيع الوقف إذا لم تتعطل منافعه، ولو كان هناك مصلحة راجحة، وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم.

وحجة هذا القول: حديث ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ وفيه قوله ﷺ: «**تصدق بأصله ولا يباع، ولا يوهب، ولا يورث**» متفق عليه.

ونوقش هذا الاستدلال: أن المراد بالبيع المنهي عنه المبطل لأصل الوقف، الذي لا يقام مقامه، وإنما بيع ليؤكل، وعلى فرض عمومه، فقد دخله التخصيص بحال التعطل، أو رجحان المصلحة.

واستدلوا أيضاً: بقياس الموقوف على الحر المعتق، فكما أن العتيق لا يقبل

. . . .

. . . .

. . . .

الرق، فكذا العين الموقوفة لا تقبل الملك.

ونوقش: أن العبد إذا أعتق فلا سبيل إلى إعادة المالية فيه بعد عتقه، بخلاف الوقف.

والقول الثاني: لبعض الحنفية، وبعض المالكية، وبعض الشافعية، وبعض الحنابلة، واختار شيخ الإسلام: جواز بيع الوقف للمصلحة الراجحة.

وحجة هذا القول:

١- حديث عائشة أن رسول الله ﷺ قال: «**يا عائشة لولا أن قومك حديثو عهد بكفر لأمرت بالبيت فهدم فأدخلت فيه ما أخرج منه، وألزقته بالأرض، وجعلت له بابين باباً شرقيًّا وباباً غربيًّا**» متفق عليه.

والكعبة أفضل وقف على وجه الأرض. (مجموع الفتاوى: ٣١ / ٢٤٤).

٢- حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - قال: «**حملت على فرس في سبيل الله فأضاعه الذي كان عنده، فأردت أن أشتريه منه، وظننت أنه بائعه برخص، فسألت النبي ﷺ فقال: لا تشتره وإن أعطاكه بدرهم**» متفق عليه.

وجه الدلالة: أن الحمل في سبيل الظاهر منه: التحبيس، ولم ينكر النبي ﷺ بيعه. (المناقلة بالأوقاف: ص ٥٠).

٣- حديث جابر، وفيه قوله ﷺ للرجل الذي قال: «**إني نذرت إن فتح الله عليك مكة أن أصلي في بيت المقدس ركعتين، فقال النبي ﷺ: صل هاهنا ...**» رواه أحمد، وأبو داود والحاكم (٤ / ٣٠٤)، وصححه الحاكم على شرط مسلم. =

. . . .

. . . .

وعادت مواتاً، ولم تمكن عمارتها فيباع، لما روي أن عمر رضي الله عنه «كتب إلى سعد لما بلغه أن بيت المال الذي بالكوفة نقب: أن أنقل المسجد الذي بالتمارين واجعل بيت المال في قبلة المسجد، فإنه لن يزال في المسجد مصلي»[1]، وكان هذا بمشهد من الصحابة ولم يظهر خلافه فكان كالإجماع، ولو شرط الواقف ألا يباع إذن ففاسد[2].

= وفيه إبدال المنذور بخير منه، وكذا الوقف.

٤- وكذا ثبت عن عمر وعثمان ـ رضي الله عنهما ـ تغيير بناء مسجد رسول الله ﷺ، رواه البخاري. وقالت عائشة لشيبة الحجبي في كسوة الكعبة القديمة: «**بعها واجعل ثمنها في سبيل الله والمساكين**» رواه الأرقي في أخبار مكة: (١ / ٢٦١) وغيره ويأتي تخريجه قريباً، وهذا القول هو الأقرب. (المصادر السابقة).

(١) أخرجه الإمام أحمد، ومن طريقه أخرجه أبو بكر عبدالعزيز في الشافي. انظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية: (٣٠ / ٤٠٥)، (٣١ / ٢١٥-٢١٦).

(٢) ويملك الناظر استبدال الوقف، وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفية. لحديث عائشة ـ رضي الله عنها ـ أن النبي ﷺ قال: «**ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط**» متفق عليه.

وعند الحنفية: صحة الشرط؛ لأن شرط عدم الاستبدال فيه مصلحة للوقف، وهي تأبيده.

(حاشية رد المختار: ٤ / ٣٨٦، والفروع: ٤ / ٦٢٦، والمبدع: ٥ / ٣٥٥، =

. . . .

وَيُصْرَفُ ثَمَنُهُ فِي مِثْلِهِ،

(**ويصرف ثمنه في مثله**) لأنه أقرب إلى غرض الواقف، فإن تعذر مثله ففي بعض[١] مثله ويصير وقفاً بمجرد الشراء[٢]، وكذا فرس

= ومطالب أولى النهى: ٤ / ٣٦٧).

مسألة: نقل الموقوف من مكانه إلى محلة أو بلد آخر:

فإن كان منقولاً جاز نقله عند الحاجة عند عامة أهل العلم، لأن الواقف إنما وقف العين للإفادة منها ما أمكن على الدوام، وفي نقل العين الموقوفة عند الحاجة تحصيل لغرض الواقف في الجملة حسب الإمكان، وإن كان عقاراً، فمن قال بعدم جواز إبدال الأوقاف منع نقل عقار الوقف من مكانه؛ لأنه من لازم نقله استبداله.

ومن قال بجواز إبدال الوقف، منهم من أجاز ذلك للمصلحة، ومنهم من منعه إلا إذا كانت المحلة الأخرى خيراً من محلة الوقف.

(المصادر السابقة، والبحر الرائق: ٥ / ٢٤٠، وحاشية ابن عابدين: ٤ / ٣٨٦).

وقال شيخ الإسلام كما في مجموع الفتاوى (٣ / ٢٦٦): «ما علمت أحداً اشترط أن يكون البدل في بلد الوقف الأول، بل النصوص عند أحمد وأصوله وعموم كلامه وكلام أصحابه وإطلاقه يقتضي أن يفعل في ذلك ما هو مصلحة الوقف».

(١) يصرف في جهته لامتناع تغيير المصرف مع إمكان مراعاته، وإن تعطلت صرف في جهة مثلها تحصيلاً لغرض الواقف حسب الإمكان.

(٢) كبديل أضحية ورهن؛ لأنه كالوكيل في الشراء، والاحتياط وقفه؛ لئلا ينقضه من لا يرى وقفه.

وَلَوْ أَنَّهُ مَسْجِدٌ وآلَتُهُ وَمَا فَضَلَ عَنْ حَاجَتِهِ جَازَ صَرْفُهُ إِلَى مَسْجِدٍ آخَرَ

حبيس لا يصلح لغزو(١)، (ولو أنه) أي الوقف (مسجد)[ولم][١] ينتفع به في موضعه فيباع إذا خربت محلته(٢) (وآلته)(٣) أي ويجوز بيع بعض آلته وصرفها[٢] في عمارته، (وما فضل عن حاجته) من حصره وزيته، ونفقته ونحوها(٤).

(جاز صرفه إلى مسجد آخر)(٥)، لأنه انتفاع به من جنس ما وقف

---

(١) فيملك الناظر بيع الوقف المنقول واستبداله إذا ذهبت منفعته باتفاق الأئمة، وإن خالف بعض المالكية، وبعض الشافعية؛ لحديث عمر ـ رضي الله عنه ـ قال: «**حملت على فرس في سبيل الله فأضاعه الذي عنده، فأردت أن اشتريه، وظننت أنه بائعه برخص، فسألت عن ذلك النبي ﷺ فقال: لا تشتره وإن أعطاكه بدرهم**» متفق عليه.

(البحر الرائق: ٥ / ٢٢٣، والمدونة: ٦ / ٩٩، والتفريع: ٢ / ٣٠١، وتحفة المحتاج: ٦ / ٢٨٣، والفروع: ٤ / ٦٢٣، ومجموع الفتاوى: ٣١ / ٢١٤).

(٢) وهذا هو المذهب، وتقدم قريباً.

(٣) لأنه إذا جاز بيع الجميع عند الحاجة إلى بيعه، فبيع بعضه مع بقاء البعض أولى، ويجوز اختصار آنية إلى أصغر منها.

(٤) كخشبة.

(٥) وهو أولى من بيع، فإن بيع فثمنه.

---

[١] ساقط من / ف.

[٢] في / ف بلفظ (وبصرفها).

وَالصَّدَقَةُ بِهِ عَلَى فُقَرَاءِ الْـمُسْلِمِين،

لــه، (**والصدقة بـه على فقـراء المسلمين**)(١) لأن شيبة بـن عثمان الحجبي[١](٢) كان يتصدق بخلقان[٢] الكعبة. وروى الخلال بإسناده أن عائشة أمرته بذلك(٣).

---

(١) فالمذهب: أن فاضل الوقف يصرف في مثله، ويجوز الصدقة به على فقراء المسلمين؛ لما استدل به المؤلف.

وعند بعض الحنفية، وهو قول المالكية: أنه يتعين صرف فاضل الوقف في جنس ما وقف عليه؛ لأن غرض الواقف الانتفاع من العين على الدوام، من ذلك الوقف وصرف فاضل الوقف في جنس ما وقف عليه مراعاة لغرض الواقف.

وعند شيخ الإسلام يجوز صرفه في مثله، وسائر المصالح.

(المبسوط: ١٢ / ٤٢، والشرح الكبير للدردير: ٤ / ٩١، وتحفة المحتاج: ٦ / ٢٨٠، والإنصاف: ٧ / ١١٢، ومجموع الفتاوى: ٣١ / ٢٥٩، والاختيارات: ص ١٨٢).

(٢) ابن أبي طلحة العبدري المكي من مسلمة الفتح، له صحبة، مات سنة (٥٩ هـ). والحجبي: نسبة إلى حجابة بيت الله الحرام.

(٣) أخرجه الأزرقي في أخبار مكة: (١ / ٢٦١-٢٦٢) من طريق إبراهيم بن محمد بن أبي يحيى عن علقمة بن أبي علقمة عن أمه عن عائشة.

وأخرجه البيهقي: (٥ / ١٥٩)، الحج، باب ما جاء في مال الكعبة =

---

[١] في / ظ ، س بلفظ (الجهني)، وفي / ز بلفظ (الجمحي).

[٢] في / هـ ، ف بلفظ (بخلعان).

. . . .

ولأنه مال الله[١] تعالى لم يبق له مصرف فصُرف إلى المساكين(١)، وفضل موقوف على معين استحقاقه مقدر يتعين إرصاده(٢) ونص فيمن

= وكسوتها، من طريق علي بن عبدالله المديني عن أبيه عن علقمة بن أبي علقمة عن أمه عن عائشة.
الأثر من هذين الطريقين ضعيف، لضعف من روى عن علقمة بن أبي علقمة، كما أن الراوي عن عائشة أم علقمة، قال الحافظ ابن حجر عنها في التقريب: «مقبولة» أي عند المتابعة، ولم يتابعها أحد في الرواية عن عائشة.

(١) كالوقف المنقطع، ولو توقعت الحاجة في زمن آخر ولا ريع يسد مسدها لم يصرف في غيرها؛ لأن الأصل الصرف في الجهة المعينة، وإنما سومح في غيرها حيث لاحاجة حذراً من التعطيل.

(٢) مثال ذلك أن يقول: هذا البيت وقف على إمام المسجد يعطى من ريعه كل شهر مائة ريال، وريعه أكثر من ذلك.
فالمذهب: أنه يتعين إرصاد الفاضل؛ لأن الفاضل قد يحتاج إليه كأن يقل الريع في أحد الأعوام أقل من المقدر.
وعند شيخ الإسلام: أنه إن كان الريع يفضل في بعض الأحيان دون بعض تعين إرصاده، وأما إن علم أنه يفضل دائماً، فلا يتعين إرصاده؛ لأن بقاء فاضل الوقف إذا كان يفضل دائماً بلا صرف فساد له.
(المبدع: ٥/٣٥٧، وكشاف القناع: ٤/٢٩٦، ومطالب أولي النهى: ٤/٣٧٣).

---

[١] في / م، هـ، ف بلفظ (لله).

. . . .

وقف على قنطرة فانحرف الماء يرصد لعله يرجع(١)، وإن وقف على ثغر فاختل صرف في ثغر مثله(٢)، وعلى قياسه مسجد ورباط ونحوهما(٣).

ولا يجوز غرس شجرة ولا حفر بئر بالمسجد(٤)، وإذا غرس الناظر أو بنى في الوقف[١] من مال الوقف(٥) أو من ماله ونواه للوقف فللوقف(٦)، قال في «الفروع»: ويتوجه في غرس أجنبي أنه للوقف بنيته(٧).

---

(١) أي الماء إلى القنطرة، فيصرف عليها ما وقف عليها.

(٢) أي مثل الثغر الذي اختلّ؛ لأن المقصود الصرف إلى المرابط، فوجب الصرف إلى ثغر مثله.

(٣) كسقاية إذا تعذر الصرف فيها صرف في مثلها تحصيلاً لغرض الواقف.

(٤) لأن البقعة مستحقة للصلاة فتعطيلها عدوان، وإن فعل قلعت الشجرة، وطمت البئر، ما لم يكن في حفر البئر مصلحة، ولم تضيق.

(٥) فللوقف نواه أو لا.

(٦) وإن غرس من ماله ولم ينوه للوقف فله غير محترم، وفي الفروع: يتوجه أنه له إن أشهد، وإلا فللوقف. (الفروع ٤ / ٦٣١)

(٧) المراد بالأجنبي غير الناظر، والموقوف عليه. (حاشية العنقري: ٢ / ٤٨٤).
أي غرس غير الناظر، ونواه للوقف فللوقف، وإلا فله إن أشهد غير محترم.

---

[١] في / م ؛ ف بلفظ (بنى الوقف).

بَابُ الهِبَةِ والعَطِيَّةِ

وَهِيَ: التَّبَرُّعُ بِتَمْلِيكِ مَالِه الـمَعْلُومِ الـمَوْجُودِ

باب الهبة و العطية(١)

الهبة: من هبوب الريح، أي مروره(٢)، يقال: [[١]وهبت[٢] له شيئاً وهباً بإسكان الهاء – وفتحها –، وهبةً، والاتهاب: قبول الهبة، والاستيهاب: سؤال الهبة[١]]، والعطية هنا: الهبة في مرض الموت(٣).

(وهي التبرع) من جائز التصرف(٤) **(بتمليك ماله المعلوم الموجود في**

---

(١) أي هذا باب يذكر فيه أحكام الهبة والعطية، وتصرفات المريض، وغير ذلك.

(٢) مصدر وهب يهب، وأصلها وهبة؛ لأن معتلَّ الفاء كالعدة أصلها وعدة، فلما حذفت الواو تبعاً لفعله عوض عنها الهاء، فقيل: هبة.
ومعناها: إيصال النفع إلى الغير بما ينفعه سواء كان مالاً أو غير مال.
(المطلع: ص ٢٩١، وأنيس الفقهاء: ص ٢٥٥).
وفي المصباح المنير (٢/٦٧٣): «وهبت لزيد مالاً أهبه له هبة: أعطيته بلا عوض ...».

(٣) أي والعطية في هذا الباب المراد بها: الهبة في مرض الموت، لا مطلق العطية، والعطية: الشي المعطى، والجمع: عطايا. (المطلع: ص ١٩٢).

(٤) وهو البالغ العاقل، الحر الرشيد.
فالبلوغ: يخرج الصبي، فلا تصح هبته، إلا في الأمور اليسيرة عرفاً.
والعقل: يخرج المجنون، فلا تصح هبته.
والحر: يخرج الرقيق، فلا تصح هبته إلا بإذن سيده.
والرشيد: يخرج السفيه بالمال، وتقدم في باب الحجر.

[١–١] ساقط من / ش. [٢] في / ظ، م، ف بلفظ (وهب).

فِي حَيَاتِه غَيْرَهُ،

حياته غيره)[١] مفعول تمليك بما يعد هبة عرفاً[٢] فخرج بـ «التبرع» عقود المعاوضات كالبيع والإجارة[٣]، وبـ «التمليك» الإباحة كالعارية[٤] وبـ «المال» نحو الكلب[٥] وبـ «المعلوم»: المجهول[٦] وبـ «الموجود»: المعدوم. فلا تصح الهبة[٧] فيها وبـ «الحياة» الوصية[٨].

---

(١) ومن تعاريف الحنفية: تمليك المال بلا عوض.
ومن تعاريف المالكية: تمليك ذات بلا عوض.
ومن تعاريف الشافعية: التمليك لعين بلا عوض حال الحياة تطوعاً.
(تكملة فتح القدير: ١٩ / ١٨، والشرح الكبير للدردير: ٤ / ٩٧، ومغني المحتاج: ٢ / ٣٩٦، والشرح الكبير مع الإنصاف: ١٧ / ٥).

(٢) في كشاف القناع ٤ / ٢٩٨: «متعلق بتمليك، والباء للسببية من لفظ هبة، وتمليك ونحوهما من كلٍّ قول وفعل دلَّ عليها».

(٣) فلا يدخل في مسمى الهبة ولا العطية.

(٤) أي وخرج بـ «التمليك» الإباحة للعين كإعارتها.

(٥) وهذا هو المذهب: أن هبة الكلب، وما يباح الانتفاع به من النجاسات لا تصح. وجزم ابن قدامة وصاحب الشرح واختاره الحارثي صحة هبتها؛ لأنه تبرع فجاز في ذلك كالوصية. (الشرح الكبير مع الإنصاف ١٧ / ٤٠، وقواعد ابن رجب ٨٧).

(٦) يأتي حكم هبة المجهول.

(٧) يأتي حكم هبة المعدوم.

(٨) أي: وخرج بالحياة الوصية.

. . . .

فَإِنْ شَرَطَ فِيهَا عِوَضاً مَعْلُوماً فَبَيْعٌ،

(فإن شرط) العاقد **(فيها عوضاً معلوماً ف)** هي **(بيع)** لأنه تمليك[١] بعوض معلوم(١).

ويثبت الخيار والشفعة(٢)، فإن كان العوض مجهولاً لم تصح(٣)، وحكمها كالبيع الفاسد فيردها بزيادتها مطلقاً(٤)، وإن تلفت رد قيمتها(٥)،

---

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم، لما علل به المؤلف.

وعند الحنفية: أنه هبة ابتداء بيع انتهاء؛ فلا يثبت في كل واحد منهما قبل القبض، فلكلٍّ منهما الرجوع قبل القبض، ولو تقابضا كان بمنزلة البيع؛ لأنه وجد في العقد لفظ الهبة، ومعنى البيع فيعطي شبه العقدين.

وعند الإمام أحمد: يغلب فيها حكم الهبة، نصره الحارثي، قال القاضي: ليست بيعاً وإنما الهبة تكون تبرعاً تارة، وتارة تكون بعوض.

وفي قول للشافعية: يبطل العقد؛ لتناقضه.

(٢) أي يثبت فيها خيار مجلس ونحوه، وتثبت فيها الشفعة، وغير ذلك من أحكام البيع.

(٣) لأنه عوض مجهول في معاوضة.

(٤) متصلة أو منفصلة؛ لأنها ملك للواهب.

(٥) أي إن تلفت ضمنها الموهوب له إن قبضها بمثلها إن كانت مثلية، وقيمتها إن كانت متقومة.

---

[١] في / ش بلفظ (لأن).

وَلاَ يَصِحُّ مَجْهُولاً إِلاَّ مَا تَعَذَّرَ عِلْمُهُ،

والهبة المطلقة لا تقتضي عوضاً سواء كانت لمثله او دونه أو أعلى منه[١]، وإن اختلفا في شرط عوض فقول منكر بيمينه[٢].

(**ولا يصح**) أن يهب (**مجهولاً**) كالحمل في البطن، واللبن في الضرع[٣]، (**إلا ما تعذر علمه**) كما لو اختلط مال اثنين على وجه لا

---

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لأنها عطية على وجه التبرع، فلم تقتض ثواباً كهبة المثل والوصية.

وعند المالكية: إن قصد الثواب صدق بعد القبض ولزم ما لم يشهد عرف أو قرينة بضده، وقبل القبض يصدق الواهب مطلقاً ولو شهد عرف بضده.

وهذا في غير هبة النقد المسكوك، وكذا السبائك والتِّبر وما تكسر من حلي، وهبة أحد الزوجين للآخر، وهبة القادم من سفر، فلا ثواب فيه إلا بشرط أو قرينة؛ لقول عمر رضي الله عنه: «**ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها**» رواه مالك في الموطأ (٢/٧٥٤).

قال في الشرح الكبير (١٧/٧): «وقول عمر قد خالفه ابنه وابن عباس» المصادر الآتية.

(٢) لأن الأصل عدمه، ما لم يكن هناك بينة أو قرينة.

(٣) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفية والشافعية؛ لأنه مجهول معجوز عن تسليمه، فلم تصح هبته كما لا يصح بيعه. =

....

يتميز فوهب أحدهما لرفيقه نصيبه منه، فيصح للحاجة كالصلح[١]، ولا يصح أيضاً هبة ما لا يقدر على تسليمه كالآبق والشارد[٢].

= وعند المالكية: صحة هبة المجهول، واختاره شيخ الإسلام، وصححه الحارثي، لعدم الغرر؛ لأن الموهوب له إما غانم أو سالم، وبهذا فارق البيع.

(الفتاوى الهندية: ٤ / ٣٧٤، والشرح الكبير للدردير: ٤ / ٩٩، ومغني المحتاج: ٢ / ٣٩٩، والاختيارات: ص ١٨٣، والمغني: ٨ / ٢٤٩، والإنصاف مع الشرح: ١٧ / ٤٣).

(١) أي كما يصح الصلح عنه للحاجة يصح هبة المشاع، وهذا قول جمهور أهل العلم سواء أمكن قسمته أم لا، وسواء وهبه لشريكه أم لغيره؛ لأن الأصل في ذلك الحل.

وعند الحنفية: لا يجوز هبة المشاع الذي ينقسم، لأنه ما من جزء من أجزاء المشاع إلا وللشريك فيه ملك فلا تصح؛ لأن القبض الكامل غير ممكن، أما إذا كان المشاع غير قابل للقسمة بحيث لا يبقى منتفعاً به إذا قسم تجوز هبته.

(الدر المختار وحاشيته: ٤ / ٥١٠، وحاشية الدسوقي: ٣ / ٢٣٥، وروضة الطالبين: ٥ / ٣٧٣، وكشاف القناع ٣ / ٣٠٥).

(٢) وهذا هو المذهب، وهو مذهب الحنفية والشافعية؛ لأنه عقد يفتقر إلى القبض أشبه البيع.

وعند المالكية: تصح هبة المجهول؛ لعدم الغرر. =

....

وَتَنْعَقِدُ بِالإِيجَابِ وَالقَبُولِ وَالـمُعَاطَاةِ الدَّالَّةِ عَلَيْهَا ،

(**وتنعقد**) الهبة (**بالإيجاب**) والقبول[١] بأن يقول: وهبتك أو أعطيتك[٢]، فيقول: قبلت أو رضيت ونحوه[٣] (**أو**) بـ (**المعاطاة الدالة عليها**) أي على الهبة؛ لأنه عليه السلام كان يَهدي ويُهدى إليه،

= وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ١٨٣): «واشتراط القدرة على التسليم فيه نظر بخلاف البيع».

(بدائع الصنائع: ٦ / ١١٩، وحاشية الدسوقي: ٤ / ٩٩، ومغني المحتاج: ٢ / ٣٩٩، والشرح الكبير مع الإنصاف: ١٧ / ٤١).

(١) الايجاب: اللفظ الصادر من الواهب، أو من يقوم مقامه.

والقبول: اللفظ الصادر من الموهوب له، أو من يقوم مقامه.

فإذا وجد الإيجاب والقبول؛ صحت الهبة، وله التصرف قبل القبض.

(٢) ونحو هذه الألفاظ الدالة على هذا المعنى، كقوله: ملكتك، أو هذا لك.

(٣) بأي لفظ دل على القبول.

قال شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ١٨٣): «وتجهيز المرأة بجهازها إلى بيت زوجها تمليك».

وروى ابن عمر رضي الله عنهما «**أنه كان على بعير صعب لعمر ... فقال النبي ﷺ لعمر: بعنيه: فقال عمر: هو لك، فقال النبي ﷺ: هو لك يا عبدالله فاصنع به ما شئت**» رواه البخاري، ولم ينقل قبول منه ﷺ ولا من ابن عمر رضي الله عنهما.

. . . .

....

ويَعطي ويُعطى(١)، ويفرق الصدقات، ويأمر سعاته بأخذها وتفريقها(٢)، وكان أصحابه يفعلون ذلك، ولم ينقل عنهم إيجاب ولا قبول(٣)، ولو كان شرطاً لنقل عنهم نقلاً متواتراً أو مشتهراً[١](٤).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٣/١٣٣) الهبة، باب المكافأة في الهبة من حديث عائشة ـ رضي الله عنها ـ قالت: «كان رسول الله ﷺ يقبل الهدية ويثيب عليها».

(٢) تقدم تخريجه، من حديث معاذ حين بعثه النبي ﷺ إلى اليمن. متفق عليه.

(٣) قال شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ١٢١): «وكل ما عده الناس بيعاً أو هبة من تعاقب أو متراخ من قبول أو فعل انعقد به البيع والهبة».

(٤) وفي الشرح الكبير مع الإنصاف (١٧/١٣): «ولا خلاف بين العلماء ـ فيما علمنا ـ أن تقديم الطعام بين يدي الضيفان والإذن في أكله لا يحتاج إلى إيجاب وقبول ... قال ابن عقيل: إنما يشترط الإيجاب والقبول مع الإطلاق، وعدم العرف القائم من المعطِي والمعُطِى؛ لأنه إذا لم يكن عرف يدل على الرضا فلا بدل من قول دال عليه، أما قرائن الأحوال والدلالة فلا وجه لتوقفه على اللفظ».

[١] في بعض المطبوعات بلفظ: (مشهوراً).

وَتَلْزَمُ بِالْقَبْضِ بِإِذْنِ وَاهِبٍ،

(**وتلزم بالقبض بإذن واهب**)[١] لما روى مالك عن عائشة «أن أبا بكر نحلها جذاذ عشرين وسقًا من ماله بالعالية[٢]، فلما مرض، قال:

---

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية، فتصح بالعقد وتلزم بالقبض، لما استدلَّ به المؤلف، ولما روى ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ أن النبي ﷺ قال: «**ليس لنا مثل السوء العائد في هبته كالكلب يقيء، ثم يعود في قيئه**» متفق عليه، فقوله ﷺ: «**يقيء ثم يعود في قيئه**» دليل على اعتبار القبض.
ولما روى عبدالله بن الشخير ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال: «**يقول ابن آدم مالي مالي، وهل لك من مالك إلا ما أكلت فأفنيت، أو لبست فأبليت، أو أعطيت فأمضيت**» رواه مسلم، وبالقياس على القرض والعارية فلا يلزمان إلا بالقبض.
وعند الظاهرية: تلزم الهبة بالعقد، وهو رواية عن الإمام أحمد إذا كان الموهوب متميزاً؛ لقوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾، ولقوله تعالى: ﴿**وَلا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ**﴾؛ ولما تقدم من قوله ﷺ: «**العاهد في هبته كالكلب**» والعائد قبل القبض عائد في هبته.
(الفتاوى الهندية: ٤ /٣٧٧، وحاشية الدسوقي: ٤ / ١٠١، والمنهاج مع مغني المحتاج: ٢ / ٤٠٠، والإنصاف مع الشرح الكبير: ١٧ / ١٤، والمحلى: ٩ /١٢٧).
(٢) في المصباح المنير (٢ /٤٢٩): «العوالي: موضع قريب من الدنية، وكأنه جمع عالية».

. . . .

يا بنية كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقًا ولو كنت حزيته أو قبضتيه كان لك، فإنما هو اليوم مال وارث فاقتسموه على كتاب الله تعالى[(١)]» وروى ابن عيينة عن عمر نحوه[(٢)]، ولم يعرف لهما في الصحابة

---

(١) قال ابن حزم في المحلى (٩ / ١٢٤): «وأما الرواية عن الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ فنبدأ بأبي بكر وعائشة فنقول: لما نص الحديث أنه نحلها جاد عشرين وسقاً من ماله فلا يخلو ضرورة من أحد أمرين لا ثالث لهما إما أن يكون أراد نخلاً تجد منها عشرين وسقاً، وإما أن يكون أراد تمراً يكون عشرين وسقاً مجدودة لابد من أحدهما، وأي الأمرين كان فإنما هي عدة ..».

(٢) الأثر المروي عن عائشة بنت أبي بكر عن أبيها ـ رضي الله عنهما ـ أخرجه مالك (٢ / ٧٥٢) الأقضية (ح ٤٠)، عبدالرزاق: (٩ / ١٠١) الوصايا، باب النحل (ح ١٦٥٠٧)، وابن سعد في الطبقات الكبرى: (٣ / ١٩٤، ١٩٥)، والطحاوي في شرح معاني الآثار: (٤ / ٨٨)، الهبة والصدقة، باب الرجل ينحل بعض بنيه دون بعض، وابن حزم في المحلى: (٩ / ١٢٤)، والبيهقي: (٦ / ١٧٠، ١٧٨)، الهبات، باب شرط القبض في الهبة، وباب ما يستدل به على أن أمره بالتسوية بينهم في العطية، البغوي في شرح السنة: (٣٠٢-٣٠٣) العطايا والهدايا، باب قبض الموهوب (ح ٢٢٠٤)، من طريق الزهري عن عروة بن الزبير عن عائشة، وإسناده صحيح، وصححه ابن حزم. =

. . . .

إِلاَّ مَا كَانَ فِي يَدِ مُتَّهِبٍ، وَوَارِثُ الوَاهِبِ يَقُومُ مَقَامَهُ،

مخالف، (**إلا ما كان في يد متهب**) وديعة أو غصباً ونحوهما[١](١)؛ لأن قبضه مستدام فأغنى عن الابتداء(٢).

(**ووارث الواهب**) إذا مات قبل القبض (**يقوم مقامه**) في الإذن

= أما الأثر المروي عن عمر بن الخطاب فأخرجه البيهقي: (٦ / ١٧٠) الهبات، باب ما يقبض للطفل أبوه، من طريق سفيان بن عيينة عن الزهري عن عروة عن عبدالرحمن بن عبدالقارى عن عمر بن الخطاب.

وأخرجه مالك في الموطأ: (٢ / ٧٥٣) الأقضية (ح ٤١) عن الزهري به، ومن طريق مالك بن أنس ويونس بن يزيد أخرجه البيهقي: (٦ / ١٧٠)، وأخرجه عبدالرزاق: (٩ / ١٠٢ – ح ١٦٥٠٩) عن معمر عن الزهري به، وإسناده صحيح.

(١) كعارية وشركة، فيلزم عقد الهبة فيه بمجرد العقد، وهذا هو المذهب.

وعن الإمام أحمد: أنه لابد أن يمضي زمن يتأتى فيه قبضه، اختارها القاضي، وأبو الخطاب، والسامري.

وعن الإمام أحمد أيضاً: أنه لا يصح القبض حتى يأذن فيه، ويمضي زمن يتأتى قبضه فيه.

(المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف: ١٧ / ٢٢).

(٢) كما لو باعه سلعة كانت بيده، وإذا تفاسخا عقد الهبة صح، ولا يفتقر إلى قبض الموهوب، وتكون العين أمانة في يد المتهب.

---

[١] في بعض المطبوعات بلفظ: (أو نحوهما).

والرجوع(١) لأنه عقد يؤول إلى اللزوم فلم ينفسخ بالموت، كالبيع في مدة الخيار، وتبطل بموت المتهب(٢)، ويقبل ويقبض للصغير ونحوه(٣) وليه(٤)، وما اتَّهَبَهُ عَبْدٌ غير مكاتب وقبله فهو لسيده(٥)،

---

(١) هذا بناء على اشتراط القبض للزوم الهبة، فالوارث يقوم مقام الواهب في الإذن في القبض، أو الرجوع في الهبة.
وتقدم القول الثاني لزوم الهبة بمجرد العقد.

(٢) بعد العقد وقبل القبض؛ لما رَوَتْ أم كلثوم بنت أبي سلمة قالت: «لما تزوج رسول الله ﷺ أم سلمة قال لها: **إني قد أهديت إلى النجاشي حلة وأواقي مسك، ولا أرى النجاشي إلا مات، ولا أرى هديتي إلا مردودة علي، فإن ردت فهي لك**» رواه الإمام أحمد وابن حبان لكنه لا يثبت.
وقيل: لا يبطل العقد. (الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٧ / ٢٥).
والأقرب: عدم البطلان، إذ الأصل بقاء العقد، ولما تقدم أن الهبة تلزم بمجرد العقد.

(٣) كمجنون وسفيه وهب لهم شيء.

(٤) وقد تقدم بيان الولي في باب الحجر؛ لأنه قبول للمحجور فيه حظ فكان إلى الولي كالبيع.
وفي الإفصاح (٢ / ٥٧): «اتفقوا على أنه يقبض للطفل أبوه أو وليه».

(٥) إذ القن وما ملك لسيده.

وَمَنْ أَبْرَأَ غَرِيمَهُ مِنْ دَيْنِه بِلَفْظِ الإِحْلَالِ أَوْ الصَّدَقَةِ أَوِ الهِبَةِ وَنَحْوِهَا بَرِئَتْ ذِمَّتُه، وَلَوْ لَمْ يَقْبَلْ،

ويصح قبوله بلا إذن سيده(١).

(**ومن أبرأ غريمه من دينه**) ولو قبل وجوبه[١](٢) [مدة الخيار][٢] (**بلفظ الإحلال، أو الصدقة، أو الهبة ونحوها**) كالإسقاط، أو الترك، أو التمليك، أو العفو(٣) (**برئت ذمته، ولو**) رده (**ولم يقبل**)(٤) لأنه إسقاط حق فلم يفتقر إلى القبول كالعتق، ولو كان المبرأ منه مجهولاً(٥)،

---

(١) لأنه تحصيل للمال فلا يُعتبر فيه إذن السيد كالاصطياد والاحتشاش.

(٢) أي قبل حلول الدين.

(٣) أو غير ذلك من الصِّيَغ الدالة على إبراء غريمه مما في ذمته، ولو قال أعطيتكه.

(٤) وهذا هو الصحيح من المذهب، وهو مذهب الحنفية، والشافعية؛ لما علل به المؤلف.

وعند المالكية: أن الإبراء يحتاج إلى القبول؛ وهو قول عند الشافعية، والحنابلة، بناء على أن الإبراء تمليك ما في ذمة المدين فيكون من قبيل الهبة، وهي لابد فيها من القبول.

(تكملة فتح القدير: ٧/٤٤، وحاشية الدسوقي: ٤/٩٩، وحاشية القليوبي: ٢/٣٠٧، ٣/١١٢، والفروع: ٤/١٩٢).

(٥) فالمذهب: لا تصح البراءة من المجهول إلا إذا تعذر علمه.

وفي المغني (٨/٢٥١): «وتصح البراءة من المجهول إذا لم يكن لهما =

---

[١] في / م، ف بلفظ (غريمه).

[٢] في / ز بلفظ (إلا بعلم المحل). وبقية النسخ زيادة «مدة خيار».

وَيَجُوزُ هِبَةُ كُلِّ عَيْنٍ تُبَاعُ

لكن لو جهله ربه وكتمه المدين خوفاً من أنه لو علمه لم يبرئه لم تصح(١) البراءة، ولو أبرأ أحد غريميه أو من أحد دينيه لم تصح(٢) لإبهام المحل[١].

(وتجوز هبة كل عين تباع)(٣) وهبته جزء مشاع منها؛ إذا كان

= سبيل إلى معرفته.... ولنا: أن النبي ﷺ قال لرجلين اختصما في مواريث درست: «**اقتسما وتوخيا الحق، ثم استهما ثم تحالا**» رواه أبو داود.
وعند الحنفية والمالكية: تصح البراءة من المجهول؛ لأن الإبراء هبة، وهبة المجهول جائزة.
وعند الشافعية: عدم صحة الإبراء من المجهول مطلقاً؛ للغرر. (المصادر السابقة)

(١) لأن فيه تغريراً للمبرئ وقد أمكن التحرز منه، وهضم للحق، ولأنه كالمكره؛ لأنه غير متمكن من المطالبة والخصومة فيه.

(٢) في الإنصاف مع الشرح (١٧/٣٠): «فوائد: الأولى: من صور البراءة من المجهول لو أبرأه من أحدهما، أو أبرأه أحدهما، قاله الحلواني والحارثي، وقالا: يصح ويؤخذ بالبيان كطلاقه إحداهما، وعتقه أحدهما، قال في الفروع: يعني ثم يقرع على المذهب».

(٣) في الإنصاف مع الشرح (١٧/٤٠): «قوله: وكل ما يجوز بيعه يعني تصح هبته، وهذا صحيح، ومفهومه: أن ما لا يجوز بيعه لا تجوز هبته، وهو المذهب ... وقيل: تصح هبة ما يباح الانتفاع به من النجاسات، جزم به الحارثي، وتصح هبة الكلب ...».
وتقدم صحة هبة المجهول، والمعدوم، وغير المقدور عليه؛ كالمغصوب والمسروق ونحوهما.

---

[١] في / ز بلفظ (إلا بعلم المحل).

وَكَلْبٍ يُقْتَنَى.

معلوماً(١)، (و) هبة (كلب يقتنى) ونجاسة يباح نفعها كالوصية(١)، ولا تصح معلقة(٣) ولا مؤقتة(٤) إلا نحو: جعلتها[١] لك عمرك أو حياتك(٥)

---

(١) تقدم قريباً صحة هبة المشاع.

(٢) لأن نقل اليد في هذه الأعيان جائز كالوصية.

(٣) على شرط مستقبل كإذا جاء رمضان فقد وهبتك كذا وكذا، وهذا هو المذهب؛ لأنها تمليك لعين في الحياة، فلم يجز تعليقها على شرط كالبيع.
وذكر الحارثي: جواز تعليقها على شرط، واختاره الشيخ تقي الدين ذكره في الفائق. (الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٧ / ٤٤).
وتقدم حكم تعليق العقود: (٦ / ١١٣).

(٤) كقوله: وهبتك هذا سنة، وهذا هو المذهب، لما تقدم من التعليل في المسألة السابقة.
وذكر الحارثي: جواز توقيت الهبة، واختاره الشيخ تقي الدين. (المصدر السابق).

(٥) أي إلا توقيت العمرى والرقبى فيصحان.
في المطلع (ص ٢٩١): «العُمْرى: بضم العين نوع من الهبة مأخوذة من العمر، قال أبو السعادات: يقال أعمرته الدار عمري، أي: جعلتها له يسكنها مدة عمره، فإذا مات عادت إليَّ، كذا كانوا يفعلونه في الجاهلية فأبطل ذلك الشارع ﷺ وأعلمهم أن من أعمر شيئاً، أو أرقبه في حياته فهو لورثته من بعده .. أو أرقبتكها، قال ابن القطاع: أرقبتك الرقبى، وهي هبة ترجع إلى المرْقِب إن مات المرقَب، وقد نهي عنه، والفاعل منهما: مُعْمِر ومُرْقِب بكسر الميم الثانية والقاف، والمفعول: بفتحهما» ا.هـ.

---

[١] في / هـ بلفظ (جلتها).

. . . .

أو عمري أو ما بقيت، فتصح وتكون لموهب له ولورثته بعده(١)، وإن

(١) قال الشوكاني في النيل (٦ / ١٤): «وقد حصل من مجموع الروايات ثلاثة أحوال:

الأول: أن يقول أَعْمَرْتُكَهَا ويُطْلِقُ، فهذا تصريح بأنها للموهوب له، وحكمها حكم المؤبدة لا ترجع للواهب، وبذلك قالت الهادوية، والحنفية، والناصر، ومالك، وهو أحد قولي الشافعي، وقول آخر له أنها تكون عارية ترجع بعد الموت إلى المالك.

ومذهب الحنابلة كقول الجمهور؛ لما روى جابر - رضي الله عنه - قال: «قضى رسول الله ﷺ بالعمرى لمن وهبت له» متفق عليه، ولحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: **«لا تعمروا ولا ترقبوا فمن اعمر شيئاً أو أرقبه فهو له حياته ومماته»** رواه أحمد والنسائي، ورجاله ثقات.

الحال الثاني: أن يقول هي لك ما عشت، فإذا مت رجعت إليّ؛ فهذه عارية مؤقتة ترجع للمعير عند موت المعمر، وبه قال أكثر العلماء، ورجحه جماعة من الشافعية.

والأصح عند أكثرهم - وهو مذهب الحنابلة - أنها لا ترجع إلى الواهب. واحتجوا: بأنه شرط فاسد فيلغى، ولحديث جابر: **«أن رجلاً من الأنصار أعطى أمه حديقة من نخل حياتها فماتت فجاء إخوته، فقالوا: نحن فيه شرع سواء، قال فأبى فاختصموا إلى النبي ﷺ ميراثًا»** رواه أحمد وأبو داود وسكت عنه، وقال ابن رسلان: رجاله رجال الصحيح.

واحتج من قاله بصحة الشرط: بحديث جابر رضي الله عنه: **«إنما العمرى التي أجازها رسول الله ﷺ أن يقول: هي لك ولعقبك، فأما إذا قال هي لك ما**=

. . . .

. . . .

قال: سكناه لك عمرك أو نحلته أو خدمته لك[١] أو منحتكه فعارية؛ لأنها هبة المنافع[٢].

ومن باع أو وهب فاسداً[٣] ثم تصرف في العين بعقد صحيح[٤]

= عشت فإنها ترجع إلى صاحبها» رواه مسلم. لكن بيَّن الحافظ ابن حجر أن قوله: «فأما إذا قلت .... إلخ» من قول أبي سلمة.

وبحديث: «المسلمون على شروطهم».

قال شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ١٨٤): «وتصح العمرى وتكون للمعمر ولورثته، إلا أن يشترط المعمر عودها إليه فيصح الشرط، وهو قول طائفة من العلماء، ورواية عن أحمد».

الحال الثالثة: أن يقول هي لك ولعقبك من بعدك، أو يأتي بلفظ يشعر بالتأبيد؛ فهذه حكمها حكم الهبة عند الجمهور، وروي عن مالك أنه يكون حكمها حكم الوقف إذا انقرض المعمر وعقبه رجعت إلى الواهب، وأحاديث الباب القاضية بأنها ملك للموهوب له ولعقبه ترد عليه» ا.هـ.

(١) أي أو قال: غلة هذا البستان لك، أو خدمة هذا العبد لك.

(٢) له الرجوع فيها متىٰ شاء في حياته وبعد موته.

(٣) وهبة المنافع إنما تستوفى شيئاً فشيئاً بِمُضيِّ الزمان، فلا تلتزم إلا في قدر ما قبضه منه.

(٤) مع علمه بفساد العقد الأول.

. . . .

. . . .

- - - - - - - - - - - - - - - - - - - -

صح الثاني؛ لأنه تصرف في ملكه(١).

---

(١) في الشرح الكبير مع الإنصاف (١٧/ ٥٨): «إذا وهب هبة فاسدة، أو باع بيعاً فاسداً، ثم وهب تلك العين، أو باعها بعقد صحيح مع علمه بفساد الأول صح العقد الثاني؛ لأنه تصرف في ملكه عالماً بأنه ملكه، وإن اعتقد صحة العقد الأول ففي الثاني وجهان: أحدهما: صحته؛ لأنه تصرف صادف ملكه وتم بشروطه فصح كما علم فساد الأول.
والثاني: لا يصح؛ لأنه تصرف تصرفاً يعتقد فساده ففسد، كما لو صلى يعتقد أنه محدث فبان متطهراً ...» ا.هـ.

* * *

. . . .

فصلٌ

يَجِبُ التَّعْدِيلُ فِي عَطِيَّةِ أَوْلَادِهِ بِقَدْرِ إِرْثِهِمْ،

فصل(١)

(**يجب التعديل في عطية**(٢) **أولاده بقدر إرثهم**)(٣) للذكر مثل حظ

---

(١) أي في بيان أحكام العطية، ووجوب تعديل الوالد بين أولاده، وغير ذلك.

(٢) أي هبة أولاده فالمراد بالعطية هنا الهبة، فأخرج النفقة؛ إذ التعديل فيها يكون بإعطاء كلٍّ قدر حاجته.

(٣) وهذا هو المذهب، ومذهب الظاهرية.

لحديث النعمان بن بشير قال: أعطاني أبي عطية، فقالت عمرة بنت رواحة: «لا أرضى حتى تشهد رسول الله ﷺ، فأتى رسول الله ﷺ ... **قال: أعطيت سائر ولدك مثل هذا؟ قال: لا. قال: فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم، قال: فرجع أبي في عطيته**» متفق عليه، وفي رواية للبخاري: «**فأرجعه**»، وفي رواية لمسلم: «**لا تشهدني على جور**».

ولأن تفضيل بعضهم على بعض يورث العداوة والبغضاء، وقطيعة الرحم فمنع منه كتزويج المرأة على عمتها، وخالتها. (فتح الباري: ٩ / ٢١٤).

وعند جمهور أهل العلم: عدم وجوب التعديل في هبة الأولاد. لما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿**إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ**﴾ وعطيته لبعض أولاده من إيتاء ذي القربى.

ونوقش: بأنا لا نمنع من إيتاء ذي القربى، لكن على الوجه المشروع.

٢- حديث النعمان بن بشير، وفيه قوله ﷺ: «**فأشهد على هذا غيره**» =

. . . .

. . . .

الأنثيين، اقتداء بقسمة الله تعالى، وقياساً لحال الحياة على حال الموت، قال عطاء: ما كانوا يقسمون إلا على كتاب الله تعالى[1]، . . . .

= رواه مسلم، ولو كانت العطية باطلة؛ لما أمره أن يشهد غيره.
ونوقش: بأن المراد هنا التهديد، فيفيد ما أفاده النهي عن إتمامه. (تهذيب السنن: ٥/١٩٢).
٣- وورد ذلك عن أبي بكر - رضي الله عنه - في تخصيص عائشة دون بقية إخوتها - وتقدم قريباً -، ولما ورد أن عمر - رضي الله عنه - نحل ابنه عاصماً دون بقية ولده، رواه البيهقي.
ونوقش: برضا إخوة عائشة، أو نحلها وهو يريد أن ينحل غيره.
ويجاب عن أثر عمر بما أجيب به عن أثر أبي بكر.
وعلى هذا فالأقرب ما ذهب إليه الحنابلة.
(المبسوط: ١٢/٥٦، وشرح معاني الآثار للطحاوي: ٤/٨٥، والإشراف: ٢/٨٢، والتمهيد: ٧/٢٢٥، والمهذب: ١/٤٥٣، والحاوي: ٧/٥٤٤، والمغني: ٨/٢٥٦، وشرح الزركشي: ٤/٣٠٧، والمحلى: ١٠/١١٣، وفتح الباري: ٩/٢١٤).

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول شريح وعطاء، واختاره شيخ الإسلام: أنه يجعل للذكر مثل حظ الأنثيين في هبة الأولاد؛ لما استدل به المؤلف، ولأن الذكر أحوج إلى المال من الأُنثى، ولأنه حظها من المال لو أبقاه الواهب في يده حتى مات.
وعند جمهور أهل العلم: تعطى الأنثى مثل ما يعطى الذكر؛ لقول النبي

. . . .

. . . .

. . . .

ﷺ لبشير بن سعد: «سَوِّ بينهم» وعلَّل ذلك بقوله: «**أيسرك أن يستووا في برك؛ قال: نعم، قال: فسَوِّ بينهم**» رواه مسلم، والبنت كالابن في استحقاق برها، وكذلك في عطيتها.

ونوقش: أن المراد بالتسوية في أصل العطاء لا في صفته.

وعلى هذا فالأقرب قول الحنابلة. (المصادر السابقة، والاختيارات: ص ١٨٤، وإعلاء السنن: ١٦ / ٩٨).

مسألة: اختلف القائلون بحرمة تفضيل بعض الأولاد على بعض في الهبة في جواز ذلك لمعنى يقتضي تخصيصه ككثرة عائلة، أو مرض، أو طلب علم ونحو ذلك، ففي رواية عن الإمام أحمد اختارها ابن قدامة، وشيخ الإسلام: جواز ذلك لتخصيص أبي بكر لعائشة كما تقدم، وعمر لابنه عاصم، وابن عمر لابنه واقد؛ وعلل ذلك بمسكنته.

وفي قول للحنابلة، وبه قال ابن حزم: عدم الجواز، لعموم أدلة وجوب التسوية بين الأولاد ولأنهم سواء في الإرث فكذا في عطيته حال حياته، ولوجود المعنى، وهو حدوث العداوة. (المصادر السابقة).

أخرجه عبدالرزاق الصنعاني في المصنف: (٩ / ٩٩) الوصايا، باب في التفضيل في النحل (ح ١٦٤٩٩)، وسعيد بن منصور في السنن: (١ / ٧٧ – ح ٢٩٢) من طريق ابن جريج عن عطاء، وإسناده صحيح، ولا يضر تدليس ابن جريج فقد صرح بالسماع كما في مصنف عبدالرزاق.

. . . .

فَإِنْ فَضَّلَ بَعْضَهُمْ سَوَّى بِرُجُوعٍ أَوْ زِيَادَةٍ،

. وسائر الأقارب في ذلك كالأولاد[(١)]، **(فإن فضل بعضهم)** بأن أعطاه فوق إرثه أو خصه **(سوّى)** وجوباً **(برجوع)**[(٢)] حيث أمكن **(أو زيادة)**

---

(١) وهذا هو الصحيح من المذهب؛ لأنهم في معنى الأولاد فثبت فيهم مثل حكمهم، ولأن المنع من ذلك كان خوف قطيعة الرحم والتباغض، وهذا موجود في الأقارب.

وعند جمهور أهل العلم: أنه لا يجب عليه التسوية بين أقاربه، لأن النبي ﷺ قد علم أن لبشير بن سعد زوجة ولم يأمر بإعطائها شيئاً حين أمره بالتسوية بين أولاده، ولم يسأله هل لك وارث غير ولدك، ولأن غير الأولاد ليسوا في معنى الأولاد؛ لأنهم استووا في وجوب بر والدهم فاستووا في عطيته، ولأن الأصل إباحة تصرف الإنسان في ماله كيف شاء، وهذا القول هو الأقرب؛ لقوة دليله، ولأن ما ذكره الحنابلة من المعنى، وهو ما يؤدي إليه من العداوة والبغضاء إنما يعظم هذا في الأولاد دون غيرهم.

(ينظر: الهداية: ١/٢١٢، المغني: ٨/٢٦٠، والكافي: ٢/٤٦٦، والفروع: ٤/٦٤٤، والمحلى: ١٠/١٢٦).

(٢) وهذا هو المذهب، وهو مذهب المالكية والشافعية؛ لقول النبي ﷺ لبشير ابن سعد رضي الله عنه: **«فاردده»** رواه مسلم، وفي رواية: **«فأرجعه»** رواه البخاري، ولما يأتي من حديث عمر وابن عباس رضي الله عنهم: **«لا يحل للرجل ...»**.

وعند الحنفية: أنه ليس له الرجوع، لما يأتي من حديث ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ أن النبي ﷺ قال: **«العائد في هبته كالكلب ..»** متفق عليه. =

. . . .

فَإِنْ مَاتَ قَبْلَهُ ثَبَتَ

المفضول ليساوي[١] الفاضل(١) أو إعطاء ليستووا(٢)؛ لقوله عليه السلام: «**اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم**» متفق عليه مختصراً(٣).

وتحريم الشهادة على التخصيص أو التفضيل تحملاً وأداء إن علم(٤)، وكذا كل عقد فاسد [عنده][٢] مختلف فيه، (**فإن مات**) الواهب (**قبله**) أي قبل الرجوع أو الزيادة[٣] (**ثبتت**)[٤] للمعطى،

ونوقش: بأنه عام خص منه الوالد.

(المبسوط: ١٢/٥٤، والمعونة: ٢/١٦١٥، والحاوي: ٧/٥٤٦، والمبدع: ٥/٣٧٧).

(١) كما لو أعطى أحد ابنيه عشرة، والآخر خمسة زاده خمسة ليتساويا في الهبة.

(٢) في المغني (٨/٢٧١): «لأن التسوية بينهما واجبة، ولا طريق لها في هذا الموضع إلا بعطية الآخر، فتصح كقضاء دينه».

(٣) أخرجه البخاري: (٣/١٣٤) الهبة، باب الإشهاد في الهبة، ومسلم: (٣/١٢٤٢-١٢٤٣) الهبات (ح ١٣) من حديث النعمان بن بشير.

(٤) في الإنصاف (٧/١٤٢): «... وفي الرعاية: إن علم الشهود جُورَه وكذِبَهُ لم يتحملوا الشهادة، وإن تحملوا ثم علموا لم يؤدُّوها في حياته ولا بعد موته ... وكذا إن جهلوا أن له ولداً آخر ثم علموه».

---

[١] في / م، ف بلفظ (لساوى)، وفي / هـ بلفظ (يساوى).

[٢] ساقط من / س.

[٣] في / ف، هـ بلفظ (والزيادة).

[٤] في جميع النسخ ما عدا / م، ف بلفظ (ثبت).

وَلاَ يَجُوزُ لِوَاهِبٍ أَنْ يَرْجِعَ فِي هِبَتِهِ اللاَزِمَةِ

فليس لبقية الورثة الرجوع(١)، إلا أن يكون بمرض الموت؛ فيقف على إجازة الباقين(٢).

(**ولا يجوز لواهب أن يرجع في هبته اللازمة**)(٣) لحديث ابن عباس مرفوعاً: «**العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه**» متفق عليه(٤)،

---

(١) وهذا هو المذهب؛ لقول أبي بكر لعائشة لما نحلها دون ولده: «ودَدْتُ لو أنك حزتيه» فدل على أنها لو حَازته لم يكن لهم الرجوع.
ولأنها حق للأب يتعلق بمال الولد فسقط بموته كالأخذ من ماله.
وعن الإمام أحمد، واختارها شيخ الإسلام، وابن عقيل، وهو قول ابن حزم: أنها لا تلزم فلسائر الورثة الرجوع؛ لأن النبي ﷺ سمى ذلك جوراً بقوله: «**لا تشهدني على جور**» رواه مسلم. (المغني: ٨/ ٢٧٠، وشرح الزركشي: ٤/ ٣٠٩، والاختيارات: ص ١٨٦، والمحلى: ١٠/ ١٢٦).

(٢) إلا أن يكون الواهب وهب بمرض الموت، فحكمها حكم الوصية، والوصية لا تصح للوارث إلا بإجازة الباقين.

(٣) رجوع الواهب لا يخلو من أمرين:
الأول: أن يكون غير الوالد، فالمذهب، ومذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية: أنه لا يجوز الرجوع في الهبة بعد لزومها؛ لما استدل به المؤلف.
الثاني: أن يكون الرجوع للوالد، وسيأتي بيانه.

(٤) أخرجه البخاري: (٣/ ١٣٥، ١٤٢، ١٤٢) الهبة، باب هبة الرجل لامرأته، وباب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته، (٨/ ٦٥) الحيل، باب في الهبة والشفعة، ومسلم: (٣/ ١٢٤٠-١٢٤١) الهبات (ح ٥-٨).

إلاَّ الأَبَ،

(إلا الأَبَ)[(١)].

---

(١) وهذا هو المذهب، وهو مذهب المالكية، والشافعية؛ لما استدل به المؤلف.

ولقول النبي ﷺ لبشير بن سعد: «فارْدُدْهُ» رواه البخاري، وفي رواية: «فأرجِعْه» رواه مسلم، ولأن الأب يختص مع الولد لما لا يوجد في غيره، وله شبهة في ماله ففارق الأجنبي.

وعند الحنفية، وهو رواية عن الإمام أحمد، وبه قال الثوري؛ لعموم قول النبي ﷺ: «**العائد في هبته كالعائد في قيئه**» متفق عليه.

ونوقش: بأنه عام خُصَّ منه الوالد بالحديث.

ولقول النبي ﷺ: «**لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه**» رواه أحمد في المسند.

وفي مجمع الزوائد (٤ / ١٧٢): «وفيه أبو حرة وقد وثقه أبو داود، وضعفه ابن معين».

ونوقش بما نوقش به الدليل السابق، وعلى هذا فالأقرب هو القول الأول.

(المبسوط: ١٢ / ٥٤، والمعونة: ٣ / ١٦١٥، والحاوي: ٧ / ٥٤٦، والمغني: ٨ / ٢٦١، والمبدع: ٥ / ٣٧٧، والمحلى: ١٠ / ٨٧).

مسألة: اختلف القائلون بجواز رجوع الأب في رجوع الأم فيما وهبت لولدها على قولين:

الأول: أن لها الرجوع، وهو مذهب الشافعية، ورواية عن الإمام مالك وأحمد، لما استدل به المؤلف من حديث عمر وابن عباس رضي الله عنهم، ولأنها لما ساوت الأب في تحريم تفضيل بعض ولدها ينبغي أن =

....

فله الرجوع قصد التسوية أو لا[١]، مسلماً كان أو كافراً[٢] لقوله عليه السلام: «**لا يحلُّ للرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده**» رواه الخمسة[٣]، وصححه الترمذي من حديث عمر وابن

= تساويه في التمكن من الرجوع فيما فضل به تخليصاً لها من الإثم.
وفي وجه للشافعية، ورواية عن الإمام أحمد: أنها لا ترجع مطلقاً، لأن للأب أن يأخذ من مال ولده والأم لا تأخذ. (المصادر السابقة)
قوله: «**إلا الأب**» يخرج الجد.

(١) للعموم.

(٢) فلو وهب الكافر ولده ثم أسلم الولد فللأب الرجوع.
وعند شيخ الإسلام: ليس للأب الرجوع، وصوبه في الإنصاف.
(المصادر السابقة)

(٣) أخرجه أبو داود: (٣/٨٠٨-٨٠٩) البيوع، باب الرجوع في الهبة (ح ٣٥٣٩)، والترمذي: (٤/٤٤٢) الولاء والهبة، باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة (ح ٢١٣٢)، والنسائي في السنن الصغرى: (٦/٢٦٥) الهبة، باب رجوع الوالد فيما يعطي ولده (ح ٣٦٩٠)، وفي السنن الكبرى: (٤/١٢٤-ح ٦٥٣٣، ٦٥٣٤)، وابن ماجه: (٢/٧٩٥) الهبات، باب من أعطى ولده ثم رجع فيه (ح ٢٣٧٧)، وأحمد: (٢/٢٧، ٧٨) وابن الجارود في المنتقى: (ص ٣٣١-ح٩٩٤)، وابن حبان كما في الإحسان: (٧/٢٨٩-ح ٥١٠١)، والطحاوي في=

....

. . . .

عباس، ولا يمنع الرجوع نقص العين(١) أو تلف بعضها(٢) أو زيادة منفصلة(٣)، ويمنعه زيادة متصلة(٤).

= شرح معاني الآثار: (٤/ ٧٩)، والحاكم: (٢/ ٤٦) البيوع، وابن حزم في المحلى: (٩/ ١٣٤-١٣٥)، والبيهقي: (٦/ ١٨٠) الهبات، باب من قال لا يحل لواهب أن يرجع فيما وهب لأحد إلا الوالد فيما وهب لولده، من طريق حسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن طاووس عن ابن عمر وابن عباس.

الحديث صحيح، وصححه الترمذي وابن حبان والحاكم والذهبي.

(١) أي الموهوبة بيد ولد سواء نقصت قيمتها أو ذاتها.

وقد نص المالكية على أن تغيُّرَ قيمة العين الموهوبة بتغير الأسواق لا يمنع ذلك الرجوع. (المنتقى للباجي: ٦/ ١١٨).

(٢) فيرجع الأب في الباقي، ولا ضمان على الولد فيما تلف منها.

(٣) كولد البهيمة، وثمر الشجرة، وكسب العبد، وفي المغني (٨/ ٢٦٦): «**بغير خلاف نعلمه**» لأن الرجوع في الأصل دون النماء، والزيادة للولد، إلا ولد الأمة لتحريم التفريق.

(٤) كالسمن والكبر، وزيادة الثمن ونحو ذلك، وهذا هو المذهب؛ لأنها زيادة للموهوب له؛ لكونها نماء ملكه، وإذا امتنع الرجوع فيها امتنع في الأصل.

وعند الشافعي والظاهرية: أنها لا تمنع الرجوع قياساً على الزيادة المنفصلة، وعلى نقص القيمة.

(الحاوي: ٧/ ٥٤٨، والمغني: ٨/ ٢٦٦، والمحلى: ١٠/ ٨٦).

. . . .

وَلَهُ أَنْ

وبيعه وهبته[١] ورهنه ما لم ينفك[٢]، (وله) أي لأب[٣] حر (أن

---

(١) وعتقه، ووقفه، وقد حكي اتفاقاً في البيع والعتق. (المعونة: ٣/١٦١٥).

(٢) لأن في رجوعه إبطالاً لحق غير الوالد. (الحاوي: ٧/٥٤٨، والمغني: ٨/٢٦٤).
وكذا لو كانت باقية في يد الابن، ثم حكم الحاكم بفلسه. (المغني: ٨/٢٦٤).
مسألة: ومن موانع الرجوع أيضاً: إذا وهب ولده شيئاً فرغب الناس في معاملته فأدانوه أو زوجوه؛ فعند الإمام مالك وأحمد في رواية: أنه لا يرجع؛ لأنه تعلق بها حق لغير الابن ففي الرجوع إبطال حقه.
وعند الإمام أحمد وبه قال ابن حزم: «يرجع مطلقاً؛ لقوله ﷺ: **إلا الوالد**».
وعند شيخ الإسلام: «لا يرجع بقدر الدين أو الرغبة، ويرجع فيما زاد على ذلك، فلو وهب لابنه مالاً يكفي نصفه لتحصيل الرغبة في الزواج أو المداينة، فإنه يرجع بالنصف الزائد».
(التفريع: ٢/٣١٤، والفروع: ٤/٦٤٧، والاختيارات الفقهية: ص ١٨٦، والمحلى: ١٠/١٠١).

(٣) وفي الإنصاف مع الشرح (١٧/١٠٤): «مفهوم كلام المصنف: أن الأم ليس لها أن تأخذ من مال ولدها كالأب، وهو صحيح وهو المذهب، وقيل: لها ذلك كالأب».

يَأْخُذَ وَيَتَمَلَّكَ مِنْ مَالِ وَلَدِهِ مَا لاَ يَضُرُّهُ وَلاَ يَحْتَاجُهُ،

يأخذ ويتملك من مال ولده ما لا يضره ولا يحتاجه)(١)(٢) لحـديـث

---

(١) وهذا هو المذهب، واختاره شيخ الإسلام، إلا أنه استثنىٰ الكافر فليس له أن يتملك من مال ولده المسلم، وقال أيضاً: سرية الابن وإن لم تكن أم ولد فإنها ملحقة بالزوجة، ونص عليه أحمد في أكثر الروايات.
لما استدل به المؤلف، ولأن الله ـ تعالى ـ جعل الولد موهوباً لأبيه. فقال: ﴿ **وَوَهَبْنَا لَهُ إِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ** ﴾، وقال: ﴿ **وَوَهَبْنَا لَهُ يَحْيَىٰ** ﴾ ... وما كان موهوباً له كان له أخذ ماله كعبده، ولحديث جابر بن عبدالله ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ قال: « **أنت ومالك لأبيك** » رواه ابن ماجه والطحاوي والطبراني، وصححه البوصيري.
وعند الأئمة الثلاثة: ليس للأب أن يتملك من مال ولده؛ لحديث جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: « **إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا** » رواه مسلم، ولحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: « **لا يحلبن أحد ماشية أحد إلا بإذنه** » متفق عليه.
قال في الشرح الكبير (١٧ / ١٠٧): « وأما أحاديثهم فأحاديثنا تخصها وتفسرها ».

(٢) في الإنصاف مع الشرح الكبير (١٧ / ١٠٤): « يشترط في جواز أخذ الأب من مال ولده ألا يضر الأخذ به كما إذا تعلقت حاجته به ... وعنه ـ أي الإمام أحمد ـ له الأخذ ما لم يجحف به، جزم به في الكافي والمغني والشرح ... ».

. . . .

. . . .

عائشة مرفوعاً: «**إن أطيب ما أكلتم من كسبكم وإن أولادكم من كسبكم**» رواه سعيد والترمذي وحسَّنه[1]، وسواء كان الوالد محتاجاً أو لا،

(١) أخرجه أبو داود: (٣/ ٨٠٠-٨٠١) البيوع، باب في الرجل يأكل من مال ولده (ح ٣٥٢٨، ٣٥٢٩)، والترمذي: (٣/ ٦٣٠) الأحكام، باب ما جاء أن الوالد يأخذ من مال ولده (ح ١٣٥٨)، والنسائي في السنن الصغرى: (٧/ ٢٤١) البيوع، باب الحث على الكسب (ح ٤٤٤٩-٤٤٥٢)، وفي السنن الكبرى: (٤/ ٤ - ح ٦٠٤٣-٦٠٤٧)، وابن ماجه: (٢/ ٧٢٣، ٧٦٩) التجارات، باب الحث على المكاسب، وباب ما للرجل من مال ولده (ح ١٢٣٧، ٢٢٩٠)، والدارمي: (٢/ ١٦٢) البيوع، باب في الكسب وعمل الرجل بيده (ح ٢٥٤٠)، وأحمد: (٦/ ٣١، ٤١، ٤٢، ١٢٦-١٢٧، ١٦٢، ١٧٣، ١٩٣، ٢٠١، ٢٠٢-٢٠٣، ٢٢٠)، وعبدالرزاق: (٩/ ١٣٣ - ح ١٦٦٤٣)، والطيالسي: (ص ٢٢١ - ح ١٥٨٠)، وابن أبي شيبة: (٧/ ١٥٧ - ح ٢٧٣٥)، (١٤/ ١٩٦ - ح ١٨٠٦١، ١٨٠٦٢)، وابن حبان كما في الإحسان: (٦/ ٢٢٦- ٢٢٧ - ح ٤٢٤٥-٤٢٤٧)، والإسماعيلي في المعجم: (٢/ ٦٥٧-٦٥٨ - ح ٢٢٨)، والحاكم في المستدرك: (٢/ ٤٦) البيوع، والسهمي في تاريخ جرجان: (ص ٢٢٩)، وابن حزم في المحلى: (٨/ ١٠٢)، والبيهقي: (٧/ ٤٧٩-٤٨٠) النفقات، باب نفقة الأبوين، والبغوي في شرح السنة: (٩/ ٣٢٩ - ح ٢٣٩٨). =

. . . .

. . . .

وسواء كان الولد كبيراً[١] أو صغيراً ذكراً أو أنثى(١)، وليس له أن يتملك ما يضر بالولد(٢) أو تعلقت به حاجته(٣)، ولا ما يعطيه ولداً آخر(٤)، ولا في مرض[٢] [موت][٣] أحدهما المخوف(٥).

= الحديث صحيح، وصححه الترمذي وابن حبان وابن حزم والحاكم والذهبي، كما صححه أبو حاتم وأبو زرعة الرازيان فيما نقله ابن أبي حاتم في العلل: (١/٤٦٥، ٤٧٣)، وانظر: التلخيص الكبير: (٤/٩).

(١) برضاه أولاً، لعموم قوله ﷺ: «**أنت ومالك لأبيك**» يقتضي إباحة نفسه كإباحة ماله.

(٢) كآلة حرفة، أو رأس مال تجارة.

(٣) كأن تعلق به نحو حق رهن.

(٤) لأنه ممنوع من تخصيص بعض ولده بالعطية من مال نفسه، ولأن يمنع من تخصيصه بما أخذ من مال ولده الآخر أولى.

(٥) في الإنصاف مع الشرح (١٧/١٠٤): «قال الشيخ تقي الدين: قياس المذهب: أنه ليس للأب أن يتملك من مال ابنه في مرض موت الأب ما يخلفه تركه؛ لأنه بمرضه قد انعقد السبب القاطع لتملكه فهو كما لو تملك في مرض موت الابن»، وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات =

[١] في / م، ف بلفظ (صغيراً أو كبيراً).

[٢] في / ط بلفظ (وفي مرض).

[٣] ساقط من / ظ.

فَإِنْ تَصَرَّفَ فِي مَالِهِ وَلَوْ فِيمَا وَهَبَهُ لَهُ بِبَيْعٍ، أَوْ عِتْقٍ أَوْ إِبْرَاءٍ،

(**فإن تصرف**) والده [(**في ماله**)][١] [قبل تملكه][٢] وقبضه (**ولو فيما وهبه له**) [أي][٣] لولده وأقبضه[٤] إياه (**ببيع**) أو هبة (**أو عتق**(١) **أو إبراء**) غريم ولده من دينه لم يصح تصرفه(٢)؛ لأن ملك

= ص٢٧٠: «لو أخذ من مال ولده شيئاً، ثم انفسخ سبب استحقاقه بحيث وجب رده إلى الذي كان مالكه مثل أن يأخذ صداقها فتطلق، أو يأخذ الثمن، ثم تَرُدَّ السِّلعة بعيب، أو يأخذ المبيع الذي اشتره الولد ثم يفلس بالثمن ونحو ذلك فالأقوى في جميع الصور أن للمالك الأول الرجوع على الأب».

(١) لم يصح تصرفه قبل تملكه وقبضه، هذا هو المذهب؛ لما علل به المؤلف.
وعن الإمام أحمد: يصح، وخرج أبو حفص البرمكي رواية بصحة تصرفه بالعتق قبل القبض، وقال أبو بكر في التنبيه: بيع الأب على ابنه، وعتقه، وصدقته، ووطء إمائه ما لم يكن الابن قد وطئ جائز، ويجوز له بيع عبيده وإمائه وعتقهم. (الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٧ / ١٠٨).

(٢) ولا من إبراء نفسه من دين لولده عليه، ولا يملك قبض الدين من غريم ولده، ولا من نفسه؛ لأن الولد لم يملكه قبل قبضه.

---

[١] ساقط من / س.

[٢] ساقط من م ، ف.

[٣] ساقط من / .

[٤] في / ف بلفظ (وقبضه).

أَوْ أَرَادَ أَخْذَهُ قَبْلَ رُجُوعِهِ، أَوْ تَملُّكَهُ بِقَوْلٍ أَوْ نِيَّةٍ وَقَبْضٍ مُعْتَبِرٍ لَمْ يَصِحَّ بَلْ بَعْدَهُ،

الولد على مال نفسه تام، فيصح[1] تصرفه(١) فيه ولو كان للغير أو مشتركاً [لم][2] يجز(٢)، (**أو أراد أخذه**) أي أراد الوالد أخذ ما وهبه لولده (**قبل رجوعه**) في هبته بالقول؛ كرجعت فيها(٣)، (**أو**) أراد أخذ مال ولده قبل (**تملكه بقول أو نية وقبض معتبر لم يصح**) تصرفه؛ لأنه لا يملكه إلا بالقبض مع القول أو النية، فلا ينفذ تصرفه فيه قبل ذلك، (**بل بعده**) أي بعض القبض المعتبر مع القول أو النية(٤) لصيرورته ملكاً له بذلك(٥)، . . . .

(١) ولا يصح تصرف أبيه قبل القبض؛ لأنه تصرف غير شرعي.

(٢) أي ولو كان مشتركاً بينه وبين أبيه أو غيره لم يجز التصرف.

(٣) لم يصح التصرف؛ لأن الرجوع لا يحصل بالقبض مع النية، وإنما يحصل بالقول؛ لأن الرجوع لا يحصل بالقبض مع النية بخلاف التملك.

(٤) لأن القبض أعم من أن يكون للتملك أو غيره، فاعتبر القول أو النية؛ ليتعين وجه القبض، وفي الفروع (٤ / ٦٥٢): «ويتوجه أو قرينة».

(٥) فتحصل أن للأب الأخذ من مال ولده بستة شروط: أن يكون فاضلاً عن حاجة الولد، وألا يعطيه لولد آخر، وألا يكون في مرض موت أحدهما، وألا يكون الأب كافراً والولد مسلماً، وأن يكون عيناً موجودة فلا يتملك دين ابنه، وأن يكون تملكه بقبض مع قول أو نية.

[١] في / م، ف، هـ بلفظ (يصح).

[٢] ساقط من / ف.

....

وإن وطئ جارية ابنه[١] فأحبلها صارت أم ولد له(١) وولده حر(٢)، ولا حد(٣) ولا مهر عليه(٤) إن لم يكن الابن وطئها(٥).

---

(١) لأن إحبالها يوجب نقل الملك إليه.

في الإنصاف مع الشرح (١٧ / ١٠٩): «إن كان الابن لم يكن وطئها صارت أُمَّ ولد لأبيه إذا أحبلها بلا نزاع، وإن كان الابن يطؤها فظاهر كلام المصنف هنا: أنها تصير أم ولد له أيضاً إذا أحبلها، وهو أحد الوجهين ... والصحيح من المذهب: أنها لا تصير أم ولد للأب إذا كان الابن يطؤها ...».

(٢) هذا المذهب؛ لأنه من وَطِئَ سقط فيه الحد للشبهة.

وعن الإمام أحمد: يلزمه قيمته. (المصدر السابق).

(٣) وهذا المذهب؛ للشبهة.

وعن الإمام أحمد: يحد، قال جماعة: ما لم ينو تملكها. (المصدر السابق).

(٤) هذا المذهب؛ لأن الوطء سبب نقل الملك فيها وإيجاب القيمة للولد، والوطء الموجب للقيمة كالإتلاف فلا يجتمع معه المهر.

وعن الإمام أحمد: يلزمه المهر. (المصدر السابق).

(٥) أي وهذا الحكم المذكور إن لم يكن الابن وطئها؛ لأنها بوطئه تكون كحلائل الأبناء، فإن كان وطئها لم تصر أم ولد للأب، ويعزر ولو لم يستولدها الابن، وحرمت عليهما. (كشاف القناع ٤ / ٣١٩).

---

[١] في / ف بلفظ (أبيه).

وَلَيْسَ لِلْوَلَدِ مُطَالَبَةُ أَبِيهِ بِدَيْنٍ وَنَحْوِهِ،

(**وليس للولد مطالبة أبيه بدين ونحوه**) كقيمة متلف[1] وأرش جنايــة[2][3]، لما روى الخلال أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ بأبيه

---

(١) كثوب أحرقه الوالد.

(٢) كجرحه، وقلع سنه، وقطع طرفه، ونحو ذلك، وكذا ليس للولد أن يطالب أباه بأجرة ما انتفع به من ماله، ولا أن يحيل عليه بدينه، ولا غير ذلك من الحقوق.

(٣) وهذا هو المذهب؛ لما استدل به المؤلف.

وعند أبي حنيفة، ومالك، والشافعي: له المطالبة بذلك، لأنه دين فجازت المطالبة به كغيره.

وقال في الرعاية: «ويحتمل أن يطالبه بماله في ذمته مع حاجته إليه وغنى والده عنه». (الإفصاح: ٢ / ٦٠، والإنصاف مع الشرح: ١٧ / ١٠٩).

وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ١٧٨): «ويرجع الأب فيما أبرأ منه ابنه من الديون على قياس المذهب كما للمرأة على إحدى الروايتين الرجوع على زوجها فيما أبرأته به من الصداق، ويملك الأب إسقاط دين الابن عن نفسه، ولو قتل ابنه عمداً لزمته الدية في ماله، نص عليه الإمام أحمد، وكذا لو جنى على طرفه لزمته ديته، وإذا أخذ من مال ولده شيئاً ثم انفسخ سبب استحقاقه بحيث وجب رده إلى الذي كان مالكه؛ مثل أن يأخذ صداقها فتطلق، أو يأخذ الثمن ثم ترد =

إلاَّ بِنَفَقَتِه الوَاجِبَة

يقتضيه ديناً عليه، فقال: «أنت ومالك لأبيك»[١] (١)(إلا بنفقته الواجبة

= السلعة بعيب، أو يأخذ المبيع ثم يفلس الوالد بالثمن ونحو ذلك، فالأقوى في جميع الصور: أن للمالك الأول الرجوع على الأب».

(١) أخرجه ابن حبان في صحيحه: (٦/٢٢٧ – ح ٤٢٤٨) من حديث عائشة رضي الله عنها.

وأخرجه أبو داود: (٣/٨٠١ – ح ٣٥٣٠، وابن ماجه: (٢/٧٦٩ – ح ٢٢٩٢)، وأحمد: (٢/١٧٩، ٢٠٤، ٢١٤)، وابن أبي شيبة: (١٤/١٩٧ – ح ١٨٠٦٦)، وابن الجارود في المنتقى: (ص ٣٣١ – ح ٩٩٥)، والطحاوي في شرح معاني الآثار: (٤/١٥٨)، وأبو نعيم في تاريخ أصبهان: (٢/٢٢)، والبيهقي: (٧/٤٨٠) النفقات، باب نفقة الأبوين، والخطيب البغدادي في تاريخه: (١٢/٤٩) من حديث عبدالله بن عمرو بن العاص وإسناده حسن.

وأخرجه ابن ماجه: (٢/٧٦٩) التجارات (ح ٢٢٩١)، والطحاوي في مشكل الآثار: (٢/٢٣٠)، وفي شرح معاني الآثار: (٤/١٥٨)، والطبراني في المعجم الصغير: (٢/٦٢-٦٣)، والإسماعيليُّ في المعجم: (٣/٨٠٦ – ح ٤٠٨)، والسهمي في تاريخ جرجان: (ص ٣٨٥)، وابن حزم في المحلى: (٨/١٠٣)، والبيهقي: (٧/٤٨١) من حديث جابر بن عبدالله، وصححه البوصيري في مصباح الزجاجة: (٣/٣٧) وقال: «رجاله ثقات على شرط البخاري»، كما صحح إسناده ابن القطان. انظر: نصب الراية: (٣/٣٣٧). =

[١] في / ف بلفظ (لأبيه).

عَلَيْهِ، فَإِنَّ لَهُ مُطَالَبَتَهُ بِهَا وَحَبْسَهُ عَلَيْهَا.

عليه[١] **فإن له مطالبته بها وحبسه عليها)** لضرورة حفظ النفس[٢] وله الطلب بعين مال له بيد أبيه[٣]، فإن مات الابن فليس لورثته مطالبة الأب بدين ونحوه كمورثهم[٤]، وإن مات الأب رجع الابن بدينه في تركته[٥]، . . . .

= وله شواهد أخرى من حديث أبي بكر الصديق، وعمر بن الخطاب، وعبدالله بن مسعود، وسمرة بن جندب، وعبدالله بن عمر رضي الله عنهم، قال الحافظ ابن حجر في فتح الباري: (٤ / ٢١١) «فمجموع طرقه لا تحطه عن القوة وجواز الاحتجاج به».

(١) لفقر الولد، وعجزه عن التكسب.

(٢) ولقوله ﷺ لهند: «**خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف**». متفق عليه من حديث عائشة ـ رضي الله عنها ـ.

(٣) وكذا لورثة الولد الطلب بعين المال الذي بيد أبي مورثهم.

(٤) وهذا هو الصحيح من المذهب.

وقيل: لهم المطالبة، وإن منعنا الابن منها. (المصدر السابق).

(٥) في الإنصاف مع الشرح (١٧ / ١١٦): «لو قضى الأب الدين الذي عليه لابنه في مرضه أو أوصى له بقضائه كان من رأس المال قاله الأصحاب، وإن لم يقضه ولم يوص به لم يسقط بموته على أحد الوجهين، اختاره بعضهم وقدمه في الفروع والمغني. =

. . . .

. . . .

- - - - - - - - - - - - - - - - - - - -

والصدقة: وهي ما قصد به ثواب الآخرة(١)، والهدية: هي ما قصد به إكراماً وتودداً ونحوه نوعان من الهبة حكمهما [حكمها][١] فيما تقدم[٢](٢)، . . . .

= والمنصوص عن أحمد: أنه يسقط كحبسه به في الأجرة فلا يثبت كجناية قدمه في المحرر ... وقيل ما أخذه ليملكه ويسقط بموته وما لا فلا» ا.هـ.

(١) كثمن مبيع وأجرة ونحوهما.

(٢) وهذا هو المذهب.

قال في الفائق: «والهدية والصدقة نوعان من الهبة يكفي الفعل فيهما إيجاباً وقبولاً».

وقالا ـ أي صاحب الفائق وابن حمدان ـ ويصح قبضهما بلا إذن، ولا مضي مدة إمكانه، ولا يرجع فيهما أحد، وقيل: إلا الأب ... ونقل حنبل والمروذي: لا رجوع في الصدقة». (الإنصاف مع الشرح الكبير: ١٧/ ١١٨).

وفي الإنصاف نقلاً عن الحاوي الصغير: «الصدقة والهدية متغايران، وإن دخلا في مسمى الهبة والعطية فإنه ﷺ يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة، ومن أعطى شيئاً يريد به التقرب إلى الله فصدقة، وإلى الشخص والمحبة له فهدية وإلا فهبة وعطية ونحلة، والكل مندوب إليه =

[١] ساقط من/ س، ف، وفي/ ز بلفظ (حكمها فيما تقدم حكمهما).

[٢] من أحكام الهبة السابقة.

. . . .

ووعاء هدية كهي مع عرف(١).

= إذا قصد به وجه الله لا مباهاة ورياء وسمعة.

وقال أيضاً في الاختيارات ص ٢٦٤: «إعطاء المال ليُمْدَحَ ويُثْنَى عليه مذموم، وإعطاؤه لكف الظلم والشر عنه ولئلا ينسب إلى البخل مشروع بل محمود مع النية الصالحة، ولا يجوز للإنسان أن يقبل هدية من شخص ليشفع له عند ذي أمر، أو يرفع عنه مظلمة، أو يوصل إليه حقه، أو يوليه ولاية يستحقها، ويجوز للمهدي أن يبذل في التوصل إلى حقه الذي لا يتوصل إلى أخذه ودفع الظلم عنه إلا به وهو المنقول عن السلف والأئمة وفيه حديث مرفوع.

وقال ص ٢٦٥: الصدقة أفضل من الهبة إلا لقريب يصل بها رحمه، أو أخ له في الله فقد تكون أفضل من الصدقة».

(١) فلا ترد مع عرف، فإن لم يكن عرف ردت.

* * *

. . . .

فَصْلٌ فِي تَصَرُّفَاتِ الـمَرِيض

مَنْ مَرَضُهُ غَيْرُ مَخُوفٍ

فصل

(في تصرفات المريض) بعطية أو نحوها[١]، (مَنْ مَرَضُهُ غير مخوف[٢]،

---

(١) أي في حكم تصرفات المريض، وعطاياه ونحو ذلك كإبراء من دين، أو صدقة، وما يتعلق بذلك.

مسألة: الصدقة في حال الصحة أفضل منها حال المرض؛ لقوله تعالى: ﴿ وَأَنفِقُوا مِن مَّا رَزَقْنَاكُم مِّن قَبْلِ أَن يَأْتِيَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ ﴾، ولما روى عن أبو هريرة ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ سئل أيُّ الصدقة أفضل؟ قال: «**أن تصدق وأنت صحيح شحيح، تأمل الغنى، وتخشى الفقر، ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم، قلت: لفلان كذا ولفلان كذا، وقد كان لفلان**» متفق عليه.

مسألة: تصرفات المريض تنقسم إلى قسمين:

الأول: ما ليس تبرعاً؛ كعقود المعاوضات كالبيع والشراء بثمن المثل وكعقد الشركة والمساقاة والمزارعة والرهن وغير ذلك من التصرفات فتصح من المريض بشرط بقاء العقل.

الثاني: ما كان تبرعاً كالهبة، والعتق، والإبراء من الدين، والمحاباة في البيع والشراء ونحو ذلك، وهو المراد هنا، فالمرض بالنسبة للتبرعات ينقسم إلى ثلاثة أقسام.

(٢) وهذا القسم الأول، وهو مَنْ مَرَضُه لا يخاف منه الموت.

. . . .

كَوَجَعِ ضِرْسٍ وَعَيْنٍ وَصُدَاعٍ يَسِيرٍ فَتَصَرُّفُهُ لاَزِمٌ كَالصَّحِيحِ، وَلَوْ مَاتَ مِنْهُ، وَإِنَ كَانَ مَخُوفاً كَبِرْسَامٍ، وَذَاتِ الجَنْبِ وَوَجَعِ قَلْبٍ، وَدَوَامِ قِيَامٍ وَرُعَافٍ،

كوجع ضرس وعين وصداع) أي وجع رأس يسير، (فتصرفه لازم كـ) تصرف (الصحيح[1]، ولو) صار مخوفاً و (مات منه) اعتباراً بحال العطية؛ لأنه إذ ذاك في حكم الصحيح، (وإن كان) المرض الذي اتصل به الموت (مخوفاً[2] كَبِرْسَامٍ) وهو بخار يرتقي إلى الرأس ويؤثر في الدماغ[3] فيختل عقل صاحبه، (وذات الجنب) قرح[1] بباطن الجنب[4] (ووجع قلب) ورئة لا تسكن[2] حركتها، (ودوام قيام) وهو المبطون الذي أصابه الإسهال ولا يمكنه إمساكه، (و) دوام (رعاف)[5] لأنه

(١) تصح عطيته من جميع ماله لكون ما ذكر ونحوه لا يخاف منه الموت في العادة.

(٢) هذا هو القسم الثاني من أقسام المرض، وهو المرض المخوف.

(٣) في المطلع (ص ٢٩٢): «... وقال عياض: هو مرض معروف، وورم في الدماغ يتغير منه عقل الإنسان ويهذي».

(٤) في المطلع (ص ٢٩٢): «... وقال أبو السعادات: ذات الجنب: هي الدُّبَيْلة، والدمل الكبيرة التي تظهر في باطن الجنب، وتنفجر إلى داخل وقلما يسلم صاحبها».

(٥) أي امتداد خروج الدم من الأنف.

ومثل هذه الأمراض التي يذكر العلماء أنها مخوفة بناء على ما جرت به العادة في زمنهم، فالأمر يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة،فقد تكون=

[١] في / س ، هـ بلفظ (ولا تسكن). [٢] في بعض المطبوعات بلفظ: (قروح).

وَأَوَّلِ فَالِجٍ، وَآخِرِ سِلٍّ وَالحُمَّى المُطْبِقَةِ، وَالرِّبْعِ، وَمَا قَالَ طَبِيبَانِ مُسْلِمَانِ عَدْلاَنِ إِنَّهُ مَخُوفٌ،

يصفي الدم فتذهب القوة، **(وأول فالج)** وهو داء معروف يرخي بعض البدن[١]، **(وآخر سل)** بكسر السين[٢] والحمى المطبقة[٣] **(و)** حمّى **(الربع[٤] وما قال طبيبان مسلمان عدلان إنه مَخُوفٌ)**[٥]، فعطاياه

= مخوفة في زمن أو مكان،وقد تكون غير مخوفة في غيرهما، وقد توجد أمراض أخرى غير ما ذكر العلماء، رحمهم الله تعالىٰ.

(١) في المصباح (٢ / ٤٨٠): «الفالج: مرض يحدث في أحد شقي البدن طولاً فيبطل إحساسه وحركته، وربما كان في الشقين، ويحدث بغتة، وفي كتب الطب أنه في السابع خطرٌ، فإذا جاوز السابع انقضت حدته، فإذا جاوز الرابع عشر صار مرضاً مزمناً، ومن أجل خطره في الأسبوع الأول عُدَّ من الأمراض الحادة، ومن أجل لزومه ودوامه بعد الرابع عشر عُدَّ من الأمراض المزمنة؛ ولهذا يقول الفقهاء: أولُّ الفالج خطرٌ».

(٢) في المصباح (١ /٢٨٦): «وفي كتب الطب: أنه من أمراض الشباب لكثرة الدم فيهم، وهو قروح تحدث في الرئة».

(٣) الدائمة ليلاً ونهاراً لا تنفك عنه.

(٤) أي التي تأتيه كل رابع يوم تأخذ يوماً، وتذهب يومين، وتعود في الرابع.

(٥) فاشترط المؤلف ثلاثة شروط: الإسلام، والعدالة، والتعدد.

فالمذهب: أنه لا يقبل قول واحد مطلقاً؛ لأنه يتعلق به حق الوارث والمعطي.

وقيل: يقبل قول واحد عند العدم، وهو قياس قول الخرقي؛ لأن عمر - رضي الله عنه - حين طعن فسقاه الطبيب لبناً فخرج من جرحه، فقال =

. . . .

كوصيَّة؛ لقوله عليه السلام: «**إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث**

= له الطبيب: اعهد إلى الناس، فعهد إليهم ووصى، رواه البخاري، فاتفق الصحابة على قبول عهده ووصيته. (الشرح الكبير مع الإنصاف ١٧ / ١١٢).

وظاهر القرآن والسنة: أنها تشترط القوة والأمانة ولو كان واحداً غير مسلم لقوله تعالى: ﴿**إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ**﴾ ولأن النبي ﷺ استأجر عبدالله بن أرقط في الدلالة من مكة إلى المدينة، رواه البخاري، فإذا كان قويًّا في مهنته يملك من الخبرة والدراية بها، وأميناً على خبره وثقة فيه قبل قوله، والله أعلم.

قال ابن هبيرة في الإفصاح (٢ / ٧٢): «واتفقوا على أن عطايا المريض وهباته من الثلث».

وقال ابن قدامة في المغني (٨ / ٤٧٣): «وجملة ذلك: أن التبرعات المنجزة كالعتق والمحاباة، والهبة المقبوضة، والصدقة، والوقف، والإبراء من الدين، والعفو عن الجناية الموجبة للمال، والكتابة إذا كانت في الصحة فهي من رأس المال لا نعلم في هذا خلافًا، وإن كانت في مرض مخوف اتصل به الموت فهي من ثلث المال في قول الجمهور، وحكي عن أهل الظاهر في الهبة المقبوضة: أنها من رأس المال، ولنا: – ثم أورد حديث **إن تصدق عليكم** ... – وروى عمران بن حصين «**أن رجلاً أعتق ستة أعبد له في مرضه لا مال له غيرهم فاستدعاهم رسول الله ﷺ فجزأهم ثلاثة أجزاء وأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة**» رواه مسلم، وإذا لم ينفذ العتق=

. . . .

. . . .

أموالكم، زيادة لكم في أعمالكم»[1] رواه ابن ماجه.

= مع سرايته فغيره أولى، ولأن هذه الحال الظاهر منها الموت فكانت عطيته فيها حق ورثته لا تتجاوز الثلث كالوصية».

(وينظر: حاشية ابن عابدين ٢ / ٥٢١، وحاشية القليوبي على المحلى ٣ / ١٦٢).

(١) أخرجه ابن ماجه: (٢ / ٩٠٤) الوصايا، باب الوصية بالثلث (ح ٢٧٠٩)، الطحاوي في شرح معاني الآثار: (٤ / ٣٨٠) الوصايا، باب ما يجوز فيه الوصايا من الأموال، والبيهقي: (٦ / ٣٦٩) الوصايا، باب الوصية بالثلث، والخطيب في تاريخ بغداد: (١ / ٣٤٩) من طريق طلحة بن عمرو المكي عن عطاء بن أبي رباح عن أبي هريرة.

وأخرجه أبو نعيم في الحلية: (٣ / ٣٢٢-٣٢٣) من طريق عقبة الأصم عن عطاء عن أبي هريرة، وكلا الطريقين ضعيفان، لضعف طلحة بن عمرو وعقبة الأصم الراويان عن عطاء.

وأخرجه الدارقطني: (٤ / ١٥٠) الوصايا (ح ٣)، والطبراني في الكبير: (٢٠ / ٥٤ - ح ٩٤)، والدولابي في الكنى: (٢ / ٦٨) من طريق إسماعيل بن عياش عن عتبة بن حميد الضبى عن القاسم أبي عبدالرحمن عن أبي امامة عن معاذ بن جبل، وإسناده ضعيف؛ لضعف إسماعيل بن عياش وشيخه عتبة بن حميد.

وأخرجه الطبراني في الكبير: (٤ / ١٩٨ - ح ٤١٢٩) من حديث =

. . . .

وَمَنْ وَقَعَ الطَّاعُونُ بِبَلَدِهِ،

(**ومن وقع الطاعون**(١) **ببلده**)(٢)، أو كان بين[١] الصفين عند التحام

= خالد بن عبيد السلمي وإسناده ضعيف؛ لجهالة الحارث بن خالد بن عبيد الراوي عن أبيه. وأخرجه أحمد: (٦ / ٤٤١)، وأبو نعيم في الحلية: (٦ / ١٠٤)،والبزار كما في كشف الأستار: (٢ / ١٣٩ – ح ١٣٨٢) من حديث أبي الدرداء، وإسناده ضعيف، لأن مداره على أبي بكر بن أبي مريم وهو ضعيف لسوء حفظه، فتحصل أن جميع طرق الحديث ضعيفة، وقال الحافظ ابن حجر في بلوغ المرام (ص ١١٧) بعد إشارته لشواهد الحديث: «وكلها ضعيفة لكن قد يقوي بعضها بعضاً» والله أعلم.

(١) في المطلع (ص ٢٩٣): «قال أبو السعادات: الطاعون: المرض العام والوباء الذي يفسد الهواء فتفسد به الأمزجة والأبدان.
وقال القاضي عياض: هو قروح تخرج من المغابن وغيرها لا يلبث صاحبها، وتعم إذا ظهرت».

(٢) وهذا هو المذهب، والمصحح عند الشافعية.
والوجه الثاني عند الشافعية، وقيل عن الإمام أحمد: ما يدل على أن عطاياه من المال كله، وقال الشارح وغيره: ويحتمل أن الطاعون إذا وقع ببلده أنه ليس بمخوف فإنه ليس بمريض وإنما يخاف المرض، وما هو ببعيد.
(الإنصاف مع الشرح الكبير: ١٧ / ١٢٨، وروضة الطالبين: ٦ / ١٢٨).

---

[١] في / هـ بزيادة لفظ (عند).

....

حرب، وكل من الطائفتين مكافئة للأخرى أو كان من المقهورة[١] أو كان في لجة البحر عند هيجانه[٢] أو قدم[٣] أو حبس لقتل[٤]

---

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية.

قال ابن قدامة في المغني (٨ / ٤٩٢): «وبه قال مالك والثوري والأوزاعي، ونحوه عن مكحول .. لأن توقع التلف ههنا كتوقع المرض أو أكثر، فوجب أن يلحق به، ولأن المرض جعل مخوفاً لخوف صاحبه، فوجب أن يلحق به ...».

وعن الإمام أحمد، وهو قول للشافعي: أنه ليس بمخوف؛ لأنه ليس بمريض. (روضة الطالبين: ٦ / ١٢٧، والإنصاف مع الشرح: ١٧ / ١٢٨).

(٢) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية؛لأن الله وصف من هذه حاله بشدة الخوف، فقال تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي يُسَيِّرُكُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ﴾ إلى أن قال: ﴿جَاءَتْهَا رِيحٌ عَاصِفٌ وَجَاءَهُمُ الْمَوْجُ مِن كُلِّ مَكَانٍ وَظَنُّوا أَنَّهُمْ أُحِيطَ بِهِمْ﴾.

وعن الإمام أحمد، وهو قول للشافعي: أنه ليس بمخوف؛ لأنه ليس بمريض. (المصادر السابقة).

(٣) الخلاف في هذه المسألة كالخلاف في المسألة السابقة.

وقال بعض الشافعية: إن غلب على الظن أنه يقتص لشدة حقد، أو عداوة قديمة فحكمه حكم المرض المخوف، وإلا فلا. (المصادر السابقة).

(٤) في الإنصاف مع الشرح الكبير (١٧ / ١٣٣): «حكم من حبس للقتل حكم من قدم ليقتص منه». =

....

وَمَنْ أَخَذَهَا الطَّلْقُ لاَ يَلْزَمُ تَبَرُّعُهُ لِوَارِثٍ بِشَيْءٍ وَلاَ بِمَا فَوْقَ الثُّلُثِ، إلاَّ بِإجَازَةِ الوَرَثَةِ لَهَا، إنْ مَاتَ مِنْهُ وَإنْ عُوفِيَ فَكَصَحِيحٍ،

(**ومن أخذها الطلق**) حتى تنجو[1].

(**لا يلزم تبرعه**[2] **لوارث بشيء ولا بما فوق الثلث**) ولو لأجنبيٍّ، (**إلا بإجازة الورثة لها إن مات منه**)[3]، كوصية لما تقدم[4]؛ لأن توقُّعَ التلف من أولئك كتوقع المريض[5] (**وإن عوفي**) من ذلك (**فكصحيح**)

= وعند الشافعية، والحنابلة أيضاً: من وقع في أسر الكفار وعادتهم قتل الأسارى، حكمه حكم المخوف.

وعند الإمام أحمد: عطاياه من جميع المال. (المصادر السابقة).

(١) في الإفصاح ٢ / ٧٦: «واختلفوا فيما إذا تقدم منه، أو كان بإزاء العدو، أو ضرب الحامل الطلق، أو هاجت الريح وهم وسط البحر، فذهب أبو حنيفة ومالك وأحمد في المشهور عنه أن عطايا هؤلاء من الثلث، وعن الشافعي قولان: أحدهما كقولهم، والثاني من جميع المال».

(٢) لم يقل المؤلف: «لا يصح» لأنه صحيح، لكنه موقوف على إجازة الورثة.

والتبرع: إزالة ملك فيما ليس بواجب بغير عوض، كالعتق، والمحاباة، والصدقة، والوقف، والإبراء من الدين ونحو ذلك.

(٣) وإن لم يجيزوه بَطُلَ فيما زاد على الثلث.

(٤) من الدليل وحكم العطية في مرض الموت حكم الوصية في أشياء تأتي عند قول المؤلف: «وتفارق العطية الوصية في أربعة أشياء....».

(٥) أي: لأن توقُّعَ التلف ممن وقع الطاعون ببلده، وما بعده كتوقع المريض التلف.

. . . .

وَمَنِ امْتَدَّ مَرَضُهُ بِجُذَامٍ أَوْ سِلٍّ أَوْ فَالِجٍ وَلَمْ يَقْطَعْهُ بِفِرَاشٍ فَمِنْ كُلِّ مَالِهِ،

في نفوذ عطاياه كلها، لعدم المانع[١] (**ومن امتد مرضه بجذام**[٢] **أو سل**) في ابتدائه[٣] (**أو فالج**) في انتهائه[٤].

(**ولم يقطعه بفراش فـ**)[٥] عطاياه (**من كل ماله**)[٦].

---

(١) أي حكمه إذا عوفي حكم المريض في نفوذ عطاياه كلها من جميع ماله.

(٢) في القاموس ٤ / ٨٨ : «علة تحدث من انتشار السوداء في البدن كله فيفسد مزاج الأعضاء وهيأتها، وربما انتهى إلى تآكل الأعضاء وسقوطها عن تقرح».

(٣) السل: بالكسر والضم، وكغراب: قرحة تحدث في الرئة. (القاموس باب اللام فصل السين).

(٤) في المطلع ص(٢٩٢): «داء معروف يرخي بعض البدن»، وفي المصباح ٢ / ٤٨٠ : «مرض يحدث في أحد شقي البدن طولاً فيبطل إحساسه وحركته، وربما كان في الشقين، ويحدث بغتة، وفي كتب الطب: أنه في السابع خطر، فإذا جاوز الرابع عشر صار مزمناً، ومن أجل خطره في الأسبوع الأول عد من الأمراض الحادة، ومن أجل لزومه بعد الرابع عشر عد من الأمراض المزمنة».

(٥) أي لم يلزمه الفراش، فيقال: هو صاحب فراش بجذام أو أوَّلِ سِلٍّ، أو انتهاء فالج.

(٦) كعطايا الصحيح.

وَالعَكْسُ بِالعَكْسِ، وَيُعْتَبَرُ الثُّلُثُ عِنْدَ مَوْتِهِ،

لأنه لا يخاف[١] تعجيل الموت منه كالهرم، (**والعكس**) بأن لزم الفراش، (**بالعكس**) فعطاياه كوصيته(١) لأنه مريض صاحب فراش يخشى منه التلف.

(**ويعتبر الثلث عند موته**) لأنه وقت لزوم الوصايا واستحقاقها(٢) وثبوت ولاية قبولها وردها(٣)، فإن ضاق ثلثه [عن][٢] العطية

---

(١) لا تنفذ إلا من ثلث ماله، ولا لوارث بشيء إلا بإجازة الورثة، هذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما علل به المؤلف.
وعند الشافعية: أن عطاياه من جميع المال؛ لأنه لا يخاف الموت، فتحسب عطيته من جميع المال.
(حاشية ابن عابدين: ٥/٤٢٣، ونهاية المحتاج: ٥/٤١٥، وحاشية القليوبي على المحلى: ٣/١١٢، والشرح الكبير مع الإنصاف: ١٧/١٢٦).

(٢) وفي الشرح الكبير مع الإنصاف (١٧/١٤٦): «فلو أعتق عبداً لا يملك غيره، ثم ملك مالاً يخرج من ثلثه تبينا أنه عتق كله لخروجه من الثلث عندالموت، وإن صار عليه دين يستغرقه لم يعتق منه شيء؛ لأن الدين مقدم على الوصية ... ويحتمل أن يعتق ثلثه؛ لأن تصرف المريض في الثلث كتصرف الصحيح في الجميع».
وألحق الحارثي العطية بالوصية في وقت اعتبار الثلث، ويأتي في الوصايا.

(٣) يعني الوصايا، والعطية معتبرة بالوصية.

---

[١] في / ط بلفظ (لا ياتي).　　[٢] ساقط من / ف.

. . . .

والوصية، قدمت العطية؛ لأنها لازمة(١)، ونماء[١] العطية من القبول إلى الموت تبع لها(٢).

ومعاوضة المريض بثمن المثل من رأس المال(٣) والمحاباة كعطية(٤).

---

(١) وفي الشرح الكبير مع الإنصاف (١٧ / ١٤٨) : «والعطية تقدم على الوصية وهو قول الشافعي وجمهور العلماء، وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف وزفر إلا في العتق فإنه حكي عنهم تقديمه؛ لأن العتق يتعلق به حق لله - تعالى - ويسري وينفذ في ملك الغير، ولنا: أن العطية لازمة في حق المريض فقدمت على الوصية كعطية الصحة . . .» .

(٢) كولد الشاة وكسب العبد إن خرج من الثلث .

(٣) في كشاف القناع (٤ / ٣٢٧) : «وما لزم المريض من حق لا يمكن دفعه وإسقاطه كأرش جناية عبده، وأرش جنايته، وما عاوض عليه بثمن المثل بيعاً أو شراء أو إجارة ونحوها، ولو مع وارث فمن رأس المال؛ لأنه لا تبرع فيها ولا تهمة، وما يتغابن الناس بمثله عادة فمن رأس المال؛ لأنه يندرج في ثمن المثل؛ لوقوع التعارف به» .

(٤) أي حكمها فيما تقدم، فلو حابى بأكثر من ثلث ماله بطلت فيما زاد، أو حابى وارثه بطلت تصرفاته في قدر المحاباة إن لم تجز الورثة، وصحت فيما لا محاباة فيه . =

---

[١] في / هـ بلفظ (وإنما) .

وَيُسَوَّى بَيْنَ الـمُتَقَدِّمِ وَالْمُتَأَخِّرِ فِي الوَصِيَّةِ،

(و) تفارق العطية الوصية[١] في أربعة أشياء:

أحدها: أنه **(يسوى بين المتقدم والمتأخر في الوصية)**[٢] لأنها تبرع

= وقال شيخ الإسلام في الاختيارات (ص ١٩٢): «ويملك الورثة أن يحجروا على المريض إذا اتهموه بأنه تبرع بما زاد على الثلث مثل أن يتصدق ويهب ويحابي ولا يحسب ذلك ... وكذلك لو كان المال بيد وكيل أو شريك أو مضارب، وأرادوا الاحتياط على ما بيده بأن يجعلوا معه يداً أخرى لهم، فالأظهر أنهم يملكون ذلك أيضاً».

وقال أيضاً: «نكاح المريض في مرض الموت صحيح، وترث المرأة في قول جمهور العلماء، ولا تستحق إلا مهر المثل لا الزيادة عليه بالاتفاق».

(١) في كشاف القناع (٤/٣٢٨): «حكم العطية في مرض الموت حكم الوصية في أشياء منها: أنه يقف نفوذها على خروجها من الثلث، أو إجازة الورثة ومنها: أنها لا تصح لوارث إلا بإجازة الورثة، ومنها: أن فضيلتها ناقصة عن فضيلة الصدقة، ومنها: أنها تتزاحم في الثلث إذا وقعت دفعة واحدة كتزاحم الوصايا، ومنها أن خروجها من الثلث يعتبر حال الموت لا قبله ولا بعده».

(٢) فلو أوصى لزيد بألف، وعمر بخمسمائة، وبكر بخمسمائة، وثلثه ألف، فيسوى بين المتقدم والمتأخر في الوصايا، وطريق ذلك أن ينسب الثلث إلى مجموع الوصايا، ويعطى كل واحد من وصيته بمقدار تلك النسبة،=

. . . .

وَيَبْدَأُ بِالأَوَّلِ فَالأَوَّلِ فِي العَطِيَّةِ، وَلاَ يَمْلِكُ الرُّجُوْعَ فِيهَا،

بعد الموت، يوجد دفعة[١] واحدة (**ويبدأ بالأول فالأول في العطية**) لوقوعها لازمة[٢].

(و) الثاني: أنه (**لا يملك الرجوع فيها**) أي العطية بعد قبضها[٣] لأنها تقع لازمة في حق المعطي وتنتقل إلى المعطى في الحياة ولو كثرت[٤]، وإنما منع من التبرع بالزائد على الثلث لحق الورثة، بخلاف الوصية فإنه يملك الرجوع فيها[٥].

= ففي المثال نسبة الثلث إلى مجموع الوصايا النصف، فيعطى كل واحد نصف وصيته.

(١) في المصباح ١/١٩٦: «دفعته دفعاً نحَّيْتُهُ فاندفع.... والدَّفعة بالفتح المرة، وبالضم اسم لما يدفع بمرة».

(٢) أي في حق المعطي، وتقدم.

(٣) وتقدم لزوم الهبة عند قول المؤلف: «وتلزم بالقبض بإذن واهب». بخلاف الوصية، فيملك الرجوع فيها، ويأتي في باب الوصايا.

(٤) فلم يملك الرجوع فيها بعد لزومها.

(٥) يأتي في باب الوصايا عند قول المؤلف: «ويجوز الرجوع في الوصية». لأن التبرع بها مشروط بالموت، ففيما قبل الموت لم يوجد التبرع، فهي كالهبة قبل الموت.

وَيُعْتَبَرُ القَبُولُ لَهَا عِنْدَ وَجودِهَا، وَيَثْبُتُ الْمُلْكُ إِذًا،

(و) الثالث: أن العطية (**يعتبر القبول**[١] **لها عند وجودها**) لأنها تمليك في الحال بخلاف الوصية، فإنها تمليك بعد الموت(١)، فاعتبر عند وجوده(٢).

(و) الرابع: أن العطية (**يثبت**[٢] **الملك**) فيها (**إذن**) أي عند قبولها كالهبة لكن يكون مراعى(٣)؛ لأنا لا نعلم هل هو مرض الموت أو لا(٤)؟ ولا نعلم هل [يستفيد][٣] مالاً أو يتلف شيء من ماله فتوقفنا لنعلم عاقبة أمره(٥)، فإذا خرجت من الثلث تبينا أن الملك كان ثابتاً من حينه(٦) وإلا فبقدره(٧).

---

(١) يأتي في باب الوصايا عند قول المؤلف: «ويثبت الملك بالقبول عقب الموت».

(٢) فلا حكم لقبولها وردها إلا بعده.

(٣) أي مراقباً إلى ماذا يصير الحال.

(٤) لأنه إن كان مرض الموت فمن ثلثه، ولا لوارثه بشيء، وإن لم يكن مرض الموت فمن جميع ماله.

(٥) لنعمل بها، فلابد من إيقاف التبرعات على وجه يتمكن الوارث من ردها بعد الموت إذا شاء.

(٦) لأن المانع من ثبوته كونه زائداً على الثلث وقد تبين خلافه، فلو أعتق رقيقاً في مرضه فكسب، ثم مات سيده فخرج من الثلث كان كسبه له.

(٧) في كشاف القناع: ٤ / ٣٢٩: «أي وإن لم يخرج الموهوب من الثلث، =

---

[١] في / هـ بلفظ (القول).
[٢] في / ف بلفظ (وثبت).
[٣] ساقط من / م ، ف.

وَالوَصِيَّةُ بِخِلَافِ ذَلِكَ.

(**والوصية بخلاف ذلك**) فلا تملك قبل الموت(١) لأنها تمليكٌ بعده فلا تتقدمه، وإذا ملك المريض من يعتق [عليه][١](٢) بهبة أو وصية أو أقر أنه أعتق[٢] ابن عمه في صحته، عتقا من رأس المال(٣) وورثا؛ لأنه حر حين موت مورثه لا مانع به(٤)،ولا يكون عتقهم

= بل خرج بعض الرقيق مثلاً تبينا أنه خرج بقدره من كسبه».

(١) ويأتي في باب الوصايا.

ومن الفروق أيضاً بين الوصية والعطية: أن الوصية تصح من غير الرشيد، والعطية لا تصح إلا من الرشيد.

ومنها: أن الوصية تكون بالمال والحقوق، والعطية لا تكون إلا بالمال.

ومنها: أن الوصية تستحب بقدر معلوم بخلاف العطية.

ومنها: أن الوصية تصح بالمعلوم والمجهول، وغير المقدور عليه، بخلاف العطية، وهذا على المذهب، وتقدم أول الباب.

(٢) وهم كل ذي رحم محرم منه كأبيه.

(٣) في كشاف القناع (٤/ ٣٣٣): «لأنه لا تبرع فيه، إذ التبرع بالمال إنما هو بالعطية، أو الإتلاف، أو التسبب إليه، وهذا ليس بواحد منها، والعتق ليس من فعله، ولا يتوقف على اختياره، فهو كالحقوق التي تلزم بالشرع».

(٤) من الإرث، فهو كغيره من الأحرار.

---

[١] ساقط من / ف. [٢] في / ف، م بلفظ (عتق).

. . . .

وصية[١] ولو دَبَّر ابن عمه عتق ولم يرث[٢]، وإن قال: أنت حرّ آخر حياتي عتق وورث[٣].

---

(١) وإلا لاعتبر من الثلث، وفي كشاف القناع (٤ / ٣٣٣): «ولو اشترى مريض من يعتق عليه ممن يرث منه كأبيه وابن عمه عتق من الثلث وورث، أو أعتق بمباشرة أو تعليق ابن عمه ونحوه في مرضه عتق إن خرج من الثلث وورث؛ لعدم المانع، وإن لم يخرج ثمن من يعتق عليه أو قيمة من أعتقه من الثلث عتق منه بقدره؛ أي بقدر الثلث؛ لأنه تبرع، ويرث بقدر ما فيه من الحرية لما سيأتي في إرث المبعض . . .».

(٢) في كشاف القناع (٤ / ٣٣٣): «وإن دبر مريض ابن عمه، أو ابن عم أبيه ونحوه؛ عتق بموته، ولم يرث؛ لأن الإرث شرط الحرية ولم يسبقه فلم يكن أهلاً للإرث».

(٣) في كشاف القناع (٤ / ٣٣٣): «ولو قال: أنت حر آخر حياتي، ثم مات السيد عتق وورث لسبق الحرية الإرث».

* * *

. . . .

كِتَابُ الوَصَايَا

كتاب الوَصَايَا(١)

جمع وصية، مأخوذة من وصيت الشيء: إذا وصلته(٢)، فالموصي وصل ما كان له في حياته بما بعد موته، واصطلاحاً: الأمر بالتصرف[1] بعد الموت(٣) أو التبرع بالمال(٤) بعده(٥).

---

(١) أي هذا كتاب يذكر فيه أحكام الوصايا.

(٢) أصل المادة ينبئ عن الوصول والاتصال، فوصى بمعنى: اتصل ووصل، ومنه وصت الأرض وصياً؛ أي اتصل نباتها، ووصيت الشيء بالشيء وصلته به. (القاموس المحيط: مادة وصى).

وقد جاء القرآن بهذه المادة في أمرين:

في الطلب حال الحياة ،كما في قوله تعالى:﴿ وَوَصَّيْنَا الإنسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا ﴾.

في الطلب بعد الوفاة، كما قي قوله تعالى: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ ﴾.

والوصية تطلق على فعل الموصي، وعلى المال يوصى به.

(٣) كأن يوصي إلى إنسان بغسله، أو الصلاة عليه، أو تفرقة ثلثه، ونحو ذلك.

(٤) كأن يوصي بإعطاء أقاربه، أو طلبه العلم، ونحو ذلك.

(٥) ومن تعريفات الحنفية: أنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان الموصى به عيناً أم منفعة.

(تبيين الحقائق: ٦ / ١٨٢، ورد المختار: ٦ / ٦٤٨).

ومن تعاريف المالكية: عقد يوجب حقًّا في ثلث مال عاقده يلزم بموته، أو يوجب نيابة عنه بعد موته. (حاشية الدسوقي: ٤ / ٤٢٢). =

. . . .

. . . .

. . . .

= ومن تعاريف الشافعية: تبرع بحق مضاف ولو تقديراً لما بعد الموت ليس بتدبير ولا تعليق. (تكملة المجموع الثانية: ١٥/٣٣).

والأصل في مشروعية الوصية: القرآن كما تقدم.

وأما السنة: فلما روى ابن عمر - رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ قال: «**ما حقٌّ امرئ مسلم يبيت ليلتين وله شيء يريد أن يوصي به إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه**» متفق عليه.

وأما الإجماع: فقائم على مشروعية الوصية. (نتائج الأفكار: ١٠/٤١٥، وتبيين الحقائق: ٦/١٨٢).

والحكمة من الوصية كما قال الكاساني: «إن الإنسان يحتاج إلى أن يكون ختم عمله بالقربة زيادة على القرب السابقة، أو تداركه لما فرط منه في حياته، وذلك بالوصية، وهذه العقود ما شرعت إلا لحوائج العباد إليها، فإذا مست الحاجة إلى الوصية وجب القول بجوازها» (بدائع الصنائع: ١٠/٤٨٣٨).

مسألة: انفرد الحنفية بالقول بأن الوصية على خلاف القياس؛ مُعلِّلين: بأن الوصية عقد تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، والموت مزيل للملك. (المصادر السابقة).

وتنعقد الوصية بكل لفظ يدل عليها.

(البحر الرائق: ٨/٤٦٣، والخرشي على خليل: ٨/١٦٩، وروضة الطالبين: ٦/١٤٠، وكشاف القناع: ٤/٣٤٥).

. . . .

. . . .

وتصح الوصية من البالغ الرشيد، ومن الصبي العاقل[1]، والسفيه

(١) يشترط في الموصي لصحة الوصية:

أ ـ **العقل**: فلا تصح وصية المجنون، ولا السكران، ولا النائم، ولا المغمى عليه؛ لأن عبارة هؤلاء ملغاة في نظر الشارع.

ب ـ **التمييز**: فإذا كان الصبيُّ غير مميز فلا تصح وصيته بالاتفاق، وإن كان مميزاً، فالمذهب، وهو قول عند المالكية: صحة وصيته؛ لأن عمر ـ رضي الله عنه ـ أجاز وصية صبيٍّ من غسان، رواه مالك في الموطأ (٢ / ٣٢٩)، وإسناده صحيح.

ولأن الوصية لا تزيل ملك الصبي في الحال، وفيها مصلحة له بتحصيل التقرب إلى الله تعالى.

وعند الحنفية، والشافعية، وبه قال ابن حزم: عدم صحة وصيته؛لأن الوصية تبرع، والصبي المميز ليس أهلاً له، فلا تصح منه كالهبة والصدقة.

غير أن الحنفية، قالوا: تصح وصيته إذا كانت متعلقة بأمر تجهيزه ودفنه.

(المبسوط: ٢٨ / ٩١، وحاشية ابن عابدين: ٦ / ٦٥٦، والمدونة: ٦ / ٣٣، والخرشي على خليل: ٨ / ١٦٨، وتحفة المحتاج: ٧ / ٤، والإنصاف: ٧ / ١٨٦، والمحلى: ٩ / ٤٠٣).

جـ ـ **الرضا**: قال الكاساني كما في بدائع الصنائع (١٠ / ٤٨٤٨): «ومن الشروط: رضا الموصي؛ لأنها إيجاب ملك أو ما يتعلق بالملك، فلا فيه من الرضا كإيجاب الملك بسائر الأشياء فلا تصح وصية الهازل، والمكره، والخاطئ؛ لأن هذه الأشياء تفوت الرضا». =

. . . .

. . . .

بالمال[١].

ومن الأخرس بإشارة مفهومة[٢]، وإن وجدت وصية إنسان بخطه الثابت ببينة أو إقرار ورثةٍ صَحَّتْ[٣]، ويستحب أن يكتب وصيته

= د ـ **ألا تبلغ الروح الحلقوم**، فإذا كان كذلك لم تصح وصيته ولا سائر تصرفاته.

ولا تشترط العدالة، أو الذكورة، أو الإسلام، فتصح وصية الكافر، والفاسق، والأنثى.

وفي الإنصاف مع الشرح الكبير: (١٧ / ١٩٤): «بلا نزاع في الجملة».

(١) باتفاق الأئمة تصح وصية السفيه؛ لأن الوصية وإن كانت تبرعاً إلا أن أثرها لا يظهر إلا بعد الموت، والمعنى الذي ثبت بموجبه الحجر عليه وهو الخوف من إضاعة المال غير موجود في الوصية؛ لأنه إن عاش فهو له، وإن مات لم يحتج إلى غير الثواب. (المصدر السابق).

(٢) في الشرح الكبير مع الإنصاف (١٧ / ٢٠٢): «إذا فهمت إشارة الأخرس صحت وصيته؛ لأنها أقيمت مقام نطقه في طلاقه ولعانه وغيرهما، فإن لم تفهم إشارته فلا حكم لها، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وغيرهما».

(٣) وهذا هو المذهب؛ لحديث ابن عمر رضي الله عنهما: «**إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه**» ولأنه ﷺ وخلفاءه يكتبون إلى الأقطار وإلى عمالهم.

وقال القاضي: ثبوت الخط يتوقف على معاينة البينة أو الحاكم لفعل الكتابة؛ لأن الكتابة عمل، والشهادة على العمل طريقها الرؤية. (المصادر السابقة).

. . . .

يُسَنُّ لِمَنْ تَرَكَ خَيْراً ـ وَهُوَ الـمَالُ الكَثِيرُ ـ أَنْ يُوصِيَ بِالْخُمْسِ،

ويُشهد عليها(١).

و (**يسن لمن ترك خيراً وهو المال الكثير**)(٢) عـرفـاً (**أن يـوصـي بالخمس**)(٣)، روي عن أبي بكر وعلي، وهو ظاهر قول السلف، قال

---

(١) لما تقدم من حديث ابن عمر رضي الله عنهما، ولأنه أحوط لها وأحفظ.

ولما روى أنس ـ رضي الله عنه ـ قال: «**كانوا يكتبون في صدورهم وصاياهم: بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما أوصى به فلان أنه يشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأن محمداً عبده ورسوله، وأن الساعة آتية لا ريب فيها، وأن الله يبعث من في القبور، وأوصى من ترك من أهله أن يتقوا الله ويصلحوا ذات بينهم، ويطيعوا الله ورسوله إن كانوا مؤمنين، وأوصاهم بما أوصى به إبراهيم بنيه ويعقوب يا بني إن الله اصطفى لكم فلا تموتن إلا وأنتم مسلمون**» رواه سعيد بن منصور (١/ ١٠٤)، وإسناده صحيح.

(٢) وهذا هو الصحيح من المذهب.

وقال ابن قدامة: والذي يقوى عندي أنه متى كان المتروك لا يفضل عن غنى الورثة لا تستحب له الوصية، واختاره في الفائق؛ لحديث سعد رضي الله عنه.

وقيل: من كان له أكثر من ثلاثة آلاف. (المغني: ٨/ ٣٩٢، الإنصاف مع الشرح: ١٧/ ٢١٠).

(٣) وهذا هو المذهب؛ لما استدل به المؤلف.

وعند الحنفية: تستحب الوصية بما دون الثلث إن كان الورثة أغنياء، أو يستغنون بأنصبائهم، وإن لم تكن الورثة أغنياء ولا يستغنون بأنصبائهم=

. . . .

أبو بكر: رضيت بما رضي الله به لنفسه[١]، يعني في قوله تعالى:

= من ميراثه فترك الوصية أحب، لما فيه من الصدقة على القريب. (مجمع الأنهر: ٢/ ٦٩١).

وعند الشافعية كما في مغني المحتاج (٣/ ٤٧): «وسُنَّ أن ينقص عن الثلث شيئاً خروجاً من خلاف من أوجب ذلك، ولاستكثار الثلث في الخبر، وسواءٌ أكانت الورثة أغنياء أم لا، وإن قال المصنف - أي النووي - في شرح مسلم: إنهم إذا كانوا أغنياء لا يستحب النقص، وإلا استحب».

ورجح الموفق: أنه متى كان المتروك لا يفضل عن غنى الورثة لم تستحب الوصية؛ لقوله ﷺ في حديث سعد: «**إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس**» متفق عليه. (المغني ٨/ ٣٩٢).

مسألة: في المغني ٨/ ٣٩٤: «والأفضل أن يجعل وصيته لأقاربه الذين لا يرثون إذا كانوا فقراء في قول عامة أهل العلم، قال ابن عبدالبر: لا خلاف بين العلماء علمت في ذلك إذا كانوا ذوي حاجة، وذلك لأن الله - تعالى - كتب الوصية للوالدين والأقربين فخرج منه الوارثون بقول النبي ﷺ: «**لا وصية لوارث**»، وبقي سائر الأقارب على الوصية لهم، وأقلُّ ذلك الاستحبابُ، وقد قال الله تعالى: ﴿**وَآتِ ذَا الْقُرْبَىٰ حَقَّهُ**﴾، وقال تعالى: ﴿**وَآتَى الْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَىٰ**﴾، فبدأ بهم، ولأن الصدقة عليهم في الحياة أفضل».

(١) الأثر المروي عن أبي بكر «أنه أوصى بالخمس من ماله».

أخرجه عبدالرزاق: (٩/ ٦٦-٦٧ - ح ١٦٣٦٣)، والبيهقي: =

. . . .

وَلاَ تَجُوزُ بِأَكْثَرَ مِنَ الثُّلُثِ لأَجْنَبِيٍّ، وَلاَ لِوَارِثٍ بِشَيْءٍ إِلاَّ بِإِجَازَةِ الوَرَثَةِ

﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ﴾، (ولا تجوز) الوصية (بأكثر من الثلث لأجنبي) لمن له وارث، (ولا لوارث بشيء إلا بإجازة الورثة[1]

= (٦/ ٢٧٠) الوصايا، باب من استحب النقصان عن الثلث، من طريق قتادة: أن أبا بكر أوصى بالخمس، وقال: أوصي بما رضي الله به نفسه.
وأخرجه عبدالرزاق: (٩/ ٦٧ - ح ١٦٣٦٤)، والطبري في التفسير: (١٠/ ٣) من طريق الحسن البصري قال: «أوصى أبو بكر رضي الله عنه بالخمس من ماله ...».
وأخرجه ابن أبي شيبة: (١١/ ٢٠٠ - ح ١٠٩٦٥)، من طريق جعفر ابن برقان عن خالد بن أبي عزة به، وأشار البخاري في التاريخ الكبير: (٣/ ١٦٤) إلى أنه مرسل. وأخرجه ابن أبي شيبة (١١/ ٢٠١ - ح١٠٩٦٦)، وسعيد بن منصور في السنن: (١/ ٨٨ - ح ٣٣٤) من طريق جويبر عن الضحاك به.
والطرق السابقة كلها ضعيفة لانقطاعها، فإن الرواة عن أبي بكر لم يسمعوا منه.
أما الأثر المروي عن علي بن أبي طالب، ولفظه «لأن أُوصِيَ بالخُمُس أحب إلي من أن أوصي بالربع ...» فأخرجه عبدالرزاق: (٩/ ٦٦ - ح ١٦٣٦١)، وابن أبي شيبة (١١/ ٢٠٢ - ح ١٠٩٧٢) من طريق أبي إسحاق عن الحارث عن علي، ومداره على الحارث الأعور وهو ضعيف غير مقبول الرواية.

(١) باتفاق الفقهاء أن وصية المرء بالثلث فأقل نافذة بعد تجهيزه، وسداد =

لَهَا بَعْدَ المَوْتِ،

لها بعد الموت)(١) لقول النبي ﷺ لسعد حين قال: أوصي بمالي كله؟

= الديون سواء كان له وارث أو لا؛ لأنها وإن وردت مطلقة في قوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ إلا أنها قيدت كما في حديث سعد - رضي الله عنه - الذي أورده المؤلف، ولقوله ﷺ: «**إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم**»..

وأما إن كانت أكثر من الثلث وكان ثمة وارث فإن وصيته لا تلزم إلا بالثلث، وما زاد على الثلث يقف على إجازة الورثة، فإن أجازوها نفذت وإلا فلا؛ لأن المنع كان لحقهم.

قال ابن قدامة كما في المغني مع الشرح الكبير (٦/ ٤٢٧): «وجملة ذلك أن الوصية لغير الوارث تلزم في الثلث من غير إجازة، وما زاد على الثلث يقف على إجازتهم، فإن أجازوه جاز، وإن ردوه بطل في قول جميع العلماء».

وقال شيخ الإسلام رحمه الله في الاختيارات (ص ٢٧٤): «ولا تصح الوصية لوارث إلا برضا الورثة، ويدخل وارثه في الوصية العامة بالأوصاف دون الأعيان».

(١) وهذا هو المذهب، وهو مذهب الحنفية، والشافعية: لما استدل به المؤلف، ولأن الحق للورثة لا يثبت إلا بموت الموصي، وفي حصول الإجازة حال الحياة تعجل على حق لم يثبت لهم.

وعن الإمام مالك رحمه الله: أن الإجازة إذا صدرت حال الصحة عن رضا واختيار فصحيحة، وإلا فللوارث الرجوع. =

. . . .

قال: «**لا**» قال بالشطر؟ قال: «**لا**»، قال: فالثلث. قال: «**الثلث والثلث كثير**»[1] متفق عليه[2].

= وعنه: أن الموصي إذا استأذن ورثته حال المرض فأذنوا فليس لهم الرجوع؛ بتعلق حقهم بماله، وإن استأذنهم حال الصحة فلهم الرجوع لعدم تعلق حقهم بماله.

وعند الأوزاعي والحسن وعطاء والزهري وربيعة وغيرهم: تصح الإجازة حال حياة الموصي؛ لأن الحق لهم فإذا رضوا بتركه سقط حقهم، كما لو رضي المشتري بالعيب.

ونوقش: بأن الورثة اسقطوا شيئاً لم يملكوه بعد فلا يصح كإسقاط المرأة صداقها قبل العقد، أو إسقاط الشفيع حقه من الشفعة قبل البيع.

(أحكام القرآن للجصاص: ١/١٦٨، ورد المختار: ٦/٦٥٠، والمدونة: ١٥/٧٥، وأسنى المطالب: ٣/٣٣، والمغني مع الشرح الكبير: ٦/٤٢٨).

(١) وذلك أنه قال: «يا رسول الله أنا ذو مال، ولا يرثني إلا ابنة لي» وذلك في حجة الوداع، ثم ولد له بعد ذلك قيل: أكثر من عشرة، ومن البنات اثنتا عشرة.

(٢) أخرجه البخاري: (٢/٨٢) الجنائز، باب رثاء النبي ﷺ سعد بن خولة، (٣/١٨٦، ١٨٧) الوصايا، باب أن يترك ورثته أغنياء خير =

. . . .

. . . .

وقوله ﷺ: «**لا وصية لوارث**»[(١)] رواه أحمد وأبو داود والترمذي وحسنه[(٢)].

= من أن يتكففوا الناس، وباب الوصية بالثلث، (٤ / ٢٦٧) مناقب الأنصار، باب قول النبي ﷺ: «اللهم أَمْضِ لأصحابي هجرتهم»، (٦ / ١٨٩) النفقات، باب النفقة على الأهل، (٧ / ٦) المرضى، باب وضع اليد على المريض، (٧ / ١٦٠) الدعوات، باب الدعاء برفع الوباء والوجع، (٨ / ٥) الفرائض، باب ميراث البنات، مسلم: (٣ / ١٢٥٠-١٢٥٣) الوصية (ح ٥-٨) من حديث سعد بن أبي وقاص.

(١) ولما ثبت في الصحيح: «في الذي أعتق ستة أعبد عند موته، فأعتق ﷺ اثنين وأرَّق أربعة، وقال له قولاً سديداً».

وقال شيخ الإسلام كما في حاشية ابن قاسم (٦ / ٤٥): «ولما كان ما ذكره تعالى من تحريم تعدي الحدود عقب ذكر الفرائض المحدودة دل على أنه لا يجوز أن يزاد أحد من أهل الفرائض على ما قدر له، ودل على أنه لا تجوز الوصية لهم، وكان هذا ناسخاً لما أمر به أولاً من الوصية للوالدين والأقربين».

(٢) أخرجه أبو داود: (٣ / ٢٩٠-٢٩١) الوصايا، باب ما جاء في الوصية للوارث (ح ٢٨٧٠)، والترمذي: (٤ / ٤٣٣) الوصايا، باب ما جاء لا وصية لوارث (ح ٢١٢٠)، وابن ماجه: (٢ / ٩٠٥) الوصايا، باب لا =

. . . .

. . . .

. . . .

= وصية لوارث (ح ٢٧١٣)، وأحمد : (٥ / ٢٦٧)، والطيالسي : (ص ١٥٤ - ح ١١٢٧)، وعبدالرزاق : (٤ / ١٤٨-١٤٩ - ح ٧٢٧٧)، (٩ / ٤٨ - ح ١٦٣٠٨)، وابن أبي شيبة : (١١ / ١٤٩) الوصايا (ح ١٠٧٦٥)، والدارقطني : (٣ / ٤١) البيوع (ح ١٦٦)، والطبراني في الكبير : (٨ / ١٣٤، ١٦٠، ١٦٢ - ح ٧٥٣١، ٧٦١٥، ٧٦٢١)، والبيهقي : (٦ / ٢١٢، ٢٤٤، ٢٦٤) من طريق إسماعيل بن عياش عن شرحبيل بن مسلم الخولاني عن أبي أمامة الباهلي .

والحديث صححه الترمذي، وقال الحافظ ابن حجر في التلخيص (٣ / ٩٢) : « هو حسن الإسناد » قلت : ولا يضر اختلاط اسماعيل بن عياش الحمصي ؛ لأنه قد روى الحديث عن شرحبيل بن مسلم الخولاني الشامي، وهو أعلم الناس بحديث الشام .

قال أحمد والبخاري وجماعة من الحفاظ : ما رواه إسماعيل بن عياش عن الشاميين فصحيح، وما رواه عن الحجازيين فغير صحيح، وقال دحيم : هو عن الشاميين غاية، وخلط عن المدنيين . انظر : نصب الراية (٤ / ٤٠٣)، الكواكب النيرات (ص ١٠٢-١٠٣) .

وللحديث شواهد عن جماعة من الصحابة ذكرها الزيلعي في نصب الراية : (٤ / ٤٠٣)، الحافظ ابن حجر في التلخيص الحبير (٣ / ٩٢) .

. . . .

فـ تَصِحُّ تَنْفِيذاً،

وإن وصى لكل وارث بمُعيَّنٍ بقدر إرثه جاز(١)؛ لأن حق الوارث في القدر لا في العين[١](٢)، والوصية بالثلث فما دون لأجنبي تلزم بلا إجازة(٣)، وإذا أجاز الورثة ما زاد على الثلث أو لوارث (فـ) إنها (**تصح تنفيذاً**[٢])(٤) لأنها إمضاء لقول المورث بلفظ: أجزت أو

---

(١) صححه المرداوي.

والوجه الثاني: لا تصح إلا بإجازة الورثة. (الإنصاف مع الشرح: ١٧ / ٢٢٥).

(٢) كما لو عاوض بعض ورثته أو غيره، فإنه يصح بثمن المثل سواء كان في الصحة أو المرض. (المصدر السابق).

(٣) في الإفصاح (٢ / ٧٠): «وأجمعوا على أن الوصية بالثلث لغير وارث جائزة، وأنها لا تفتقر إلى إجازة الورثة».

لما تقدم من الأدلة على ذلك قريباً.

(٤) أي بلفظ: أجزت ما زاد على الثلث، أو ما للوارث، أو أمضيته أو أنفذته، ونحو ذلك؛ فإن قال ذلك لزمت الوصية، لأن الحق لهم فلزم بإجازتهم كما يبطل بردهم. (حاشية ابن قاسم: ٦ / ٤٦).

---

[١] في / ف بلفظ (المعين).

[٢] في / ف بلفظ (لتنفيذاً).

وَتُكْرَهُ وَصِيَّةُ فَقِيرٍ وَارِثُهُ مُحْتَاجٌ،

أمضيت، أو أنفذت[1]، ولا تعتبر لها أحكام الهبة(١)(٢).

(**وتكره وصية فقير**) عرفاً (**وارثه محتاج**)(٣) لأنه عدل عن أقاربه

---

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ أنها تصح تنفيذاً؛ لأن الوصية صدرت من الموصي وصادفت ملكه حالاً ومآلاً؛ لأن جميع ماله مملوك له وقت الوصية، وبعد الموت هو باق على حكم ملكه، ولهذا يبدأ بحوائجه.

وعند المالكية: أنه ابتداء عطية من الورثة؛ لأن الميت لاحق له في الوصية للوارث، ولا للأجنبي بما فوق الثلث، وإنما الحق للورثة، فدل على أنها هبة منهم.

ونوقش: بعد التسليم، بل الإجازة رفع للمانع كالراهن إذا أجاز بيع الرهن فإن ملكية المشتري تثبت من قبل الراهن لصدور السبب منه.

(تبيين الحقائق: ٦/١٨٣، وحاشية الدسوقي: ٤/٣٨٠، وأسنى المطالب: ٣/٣٣، والإنصاف: ٧/١٩٤).

(٢) فلا يحنث من حلف لا يهب، وتلزم بغير قبول، وغير ذلك.

(٣) وهذا هو المذهب، ومذهب المالكية لما استدل به المؤلف، ولقوله تعالىٰ: ﴿**إن تَرَكَ خَيْرًا**﴾ والمراد به المال الكثير، ولورود ذلك عن علي رضي الله عنه، رواه الدارمي (٢/٤٥٠)، ولحديث سعد، وفيه قوله ﷺ: «**إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس**». متفق عليه. =

---

[١] في / س، هـ بلفظ (أنفذت).

وَتَجُوزُ بِالكُلِّ لِمَنْ لاَ وَارِثَ لَهُ،

المحاويج إلى الأجانب[١].

(وتجوز) الوصية (بالكل لمن لا وارث له)، روي عن ابن مسعود؛[٢]

= وعند الحنفية: عدم استحباب وصية الفقير الذي وارثه محتاج.

وعند الشافعية: استحباب الوصية في قليل المال وكثيره، إلا أنه إذا كان المال قليلاً، فيكره أن يستوعب صاحبه الثلث في وصيته إذا كان ورثته فقراء.

(بدائع الصنائع: ١٠ / ٤٨٤٠، والخرشي على خليل: ٨ / ١٦٨، والأم: ٤ / ١٠٦، وتكملة المجموع: ٥ / ٣٨، ونيل المآرب: ص ١٥، وتفسير ابن كثير: ١ / ٢١٢).

(١) لأن إعطاء القريب المحتاج أفضل من إعطاء الأجانب فتركه لهم كعطيتهم إياه، فيكون أفضل من الوصية به لغيرهم، ويختلف باختلاف حال الورثة، وكثرتهم وقلتهم، وغناهم وفقرهم.

(٢) أخرجه عبدالرزاق: (٩ / ٦٩، ٧٠ - ح ١٦٣٧١، ١٦٣٧٤)، وأبو يوسف في الآثار: (ص ١٧٢ - ح ٧٨٥)، وسعيد بن منصور في السنن: (١ / ٦٠، ٦١ - ح ٢١٥-٢١٨)، وابن أبي شيبة: (١١ / ١٩٦-١٩٧)، الوصايا (ح ١٠٩٥١)، والطحاوي في شرح معاني الآثار: (٤ / ٤٠٣) الفرائض، باب مواريث ذوي الأرحام، والطبراني في الكبير: (٩ / ٤٠٥ - ح ٩٧٢٣) من طريق أبي ميسرة عمرو بن شرحبيل، وأبي عمرو الشيباني وإبراهيم النخعي عن عبدالله بن مسعود، وإسناده صحيح.

. . . .

وَإِنْ لَمْ يَفِ الثُّلُثُ بِالوَصَايَا فَالنَّقْصُ بِالقِسْطِ،

لأن المنع فيما زاد على الثلث لحق الورثة، فإذا عدموا زال المانع[١]، (**وإن لم يفِ الثلث بالوصايا**) ولم تجز الورثة (**فالنقص**) على الجميع (**بالقسط**)، فيتحاصون[٢] لا فرق بين متقدمها ومتأخرها والعتق وغيره؛ لأنهم تساووا في الأصل وتفاوتوا في المقدار؛ فوجبت المحاصة كمسائل العول[٣].

---

(١) في الإفصاح (٢/٧٢): «واختلفوا فيما إذا أوصى بجميع ماله ولا وارث له،فقال أبو حنيفة وأحمد في إحدى الروايتين – وهي المذهب –: الوصية صحيحة وقال مالك في إحدى روايتيه والشافعي وأحمد في الرواية الأخرى: لا يصح منها إلا الثلث».

(٢) وهذا هو المذهب.
وفي المغني (٨/٥٧٧): «وهذا قول ابن سيرين والشعبي وأبي ثور؛ لأنهم تساووا في سبب الاستحقاق فتساووا فيه كسائر الوصايا.
والرواية الثانية: يقدم العتق، وما فضل منه يقسم على سائر الوصايا على قدر وصاياهم روي عن عمر، وبه قال شريح ومسروق وعطاء الخراساني وقتادة والزهري ومالك، والثوري وإسحاق.
لأن فيه حقًّا لله ـ تعالى ـ وللآدمي فكان آكد، ولأنه لا يلحقه فسخ ويلحق غيره، ولأنه أقوى بدليل سرايته من الراهن والمفلس» ا.هـ.

(٣) مثال ذلك: وصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بمائة، ولآخر بمعين قيمته خمسون، ووصى بفداء أسير بثلاثين، ولعمارة مسجد بعشرين، وثلث=

. . . .

وَإِنْ أَوْصَى لِوَارِثٍ فَصَارَ عِنْدَ الـمَوْتِ غَيْرَ وَارِثٍ صَحَّتْ،وَالعَكْسُ بِالعَكْسِ، وَيُعْتَبَرُ القَبُولُ

(**وإن أوصى لوارث فصار عند الموت غير وارث**) كأخ حجب بابن تجدد[١] (**صحت**) الوصية اعتباراً بحال الموت(١)؛ لأنه الحال الذي يحصل به الانتقال إلى الوارث والموصى له، (**والعكس بالعكس**) فمن أوصى لأخيه مع وجود ابنه فمات ابنه بطلت الوصية إن لم تجز باقي الورثة(٢).

(**ويعتبر**) لملك الموصى له المعين الموصى به (**القبول**)(٣) بالقول أو ما

= ماله مائة جمعت الوصايا كلها فبلغت ثلاثمائة ونسبت منها الثلث فكان ثلثها، فتعطى كل واحد منهم ثلث وصيته ... (المغني: ٨/ ٥٧٧).

(١) باتفاق الأئمة أن وقت اعتبار كون الموصى له وارثاً، أو غير وارث وقت الموت، لا وقت الوصية؛ لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، فيعتبر وقت التملك.

(تبيين الحقائق: ٦/ ١٨٢، والسراج الوهاج: ص ٣٣٧، والمغني مع الشرح الكبير: ٦/ ٤٣٠، ومطالب أولي النهى: ٤/ ٤٥٣).

فلو أوصى لثلاثة إخوة متفرقين ولم يولد له، صحت للأخ من الأب فقط، وإن ولد له بنت صحت الوصية للأخ من الأب، والأخ للأم، وإن ولد له ذكر صحت الوصية لهم جميعاً.

(٢) لأن أخاه حال موته صار وارثاً.

(٣) بعد الموت كقبلت، سواء كان واحداً كزيد، أو جمعاً محصوراً كأولاد زيد؛ لأنه تمليك مال فاعتبر قبوله بالقول كالهبة.

---

[١] في / ف بلفظ (بابن جد).

بَعْدَ الـمَوْتِ وَإِنْ طَالَ لاَ قَبْلَهُ،

قام مقامه؛ كالهبة (**بعـد الموت**)[١] لأنه وقت ثبوت حقه وهو على التراخي فيصح، (**وإن طال الزمن**) بين القبول والموت[٢].

و (**لا**) يصح القبـول (**قبلـه**) أي قبل الموت؛ لأنه لم يثبت له حـق[٣]، وإن كانت الوصية لغير معين كالفقراء[٤] أو من لا يمكن حصرهم كبني تميم[٥] أو مصلحة مسجد ونحوه[٦]، أو حج، لـم

---

(١) وهذا هو المذهب، وقول عند المالكية، لما استدل به المؤلف.

وفي قول للمالكية: أن الملكية تبدأ بالوفاة.

وعند الحنفية والشافعية: أن الملكية تبتدئ من حين وفاة الموصي، لكن لا تثبت إلا بقبول الموصى له.

لكنهم يختلفون في الزوائد كما يأتي قريباً.

(ينظر: تبيين الحقائق وحاشيته: ٦/١٨٤، وحاشية الدسوقي: ٤/٤٢٤، ونهاية المحتاج: ٦/٦٧، والإنصاف: ٧/٢٠٦).

(٢) أي بين موت الموصي، وقبول الموصى له.

(٣) ولا يعتبر الرد قبل الموت؛ لأنه أيضاً لم يثبت له حق.

(٤) وكالعلماء، والمجاهدين لم تفتقر إلى قبول.

(٥) وبني هاشم ونحوهم لم يفتقر إلى قبول.

(٦) أي: أو كانت الوصية لغير معين كمسجد، ومدرسة ورباط لم يشترط القبول. =

وَيثْبَتُ الـمُلْكُ بِهِ عَقِبَ الـمَوْتِ،

تفتقر[١] إلى قبول ولزمت بمجرد الموت(١).

(ويثبت الملك به) أي بالقبول[٢] **(عقب الموت)** قدمه في «الرعاية»(٢) والصحيح أن الملك حين القبول كسائر العقود(٣)؛ لأن القبول سبب، والحكم لا يتقدم سببه(٤)، فما حدث قبل القبول من

= وفي الإفصاح (٢/ ٧٦): «واختلفوا فيما إذا أوصى لقبيلة بني هاشم، فقال أبو حنيفة: الوصية لا تصح، وقال مالك وأحمد: تصح، وعن أصحاب الشافعي كالمذهبين».

وفي (ص ٧٧): «واختلفوا فيما إذا أوصى لمسجد، فقال مالك والشافعي وأحمد: يصح، وقال أبو حنيفة: لا يصح إلا أن يقول: ينفق عليه».

(١) لأن اعتبار القبول منهم متعذر، فسقط اعتباره كالوقف عليهم.

(٢) وتقدم أن مذهب الحنفية والشافعية: أن الملكية تبتدئ من حين وفاة الموصي، لكن لا تثبت إلا بقبول الموصى له.

(٣) وهذا هو المذهب، وتقدم قريباً.

(٤) أي لأن القبول سبب الملك، والحكم على الملك لا يتقدم سببه وهو القبول، فثبت الملك من حينه.

---

[١] في / ط بلفظ (يفتقر).

[٢] في / هـ بلفظ (بالقول).

....

نماء منفصل فهو للورثة[١] والمتصل يتبعها[٢].

---

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول للمالكية؛ لما تقدم.
وعند الحنفية: أن الزوائد إذا حدثت الزيادة بعد الوفاة وبعد قبول الموصى له وقسمة التركة، فهي للموصي له، وإن حدثت بعد الموت وقبل القسمة سواءٌ كان حدوثها قبل القبول أم بعده، فإنها تدخل في الوصية، وتصير موصى بها حتى يعتبر خروجها من الثلث.
وذهب القدوري: أنها لا تكون داخلة ، بل تكون للموصى له.
وعند الشافعية، وقول للمالكية: أن الزوائد تكون للموصى له من حين الوفاة.
(تبين الحقائق: ٦ / ١٨٤، وشرح الخرشي: ٨ / ١٦٩، ومغني المحتاج: ٣ / ٥٤، والمغني مع الشرح الكبير: ٦ / ١٤١).
(٢) المذهب: أن النماء المتصل يكون تبعاً للعين، وعلى هذا إن قبل الموصي له كان النماء له من حين الوفاة، وإن لم يقبل كان للورثة، بخلاف المنفصل.
وعن الإمام أحمد: أن النماء المتصل كالنماء المنفصل.
(ينظر: قواعد ابن رجب: قاعدة (٨٢)، والفروع: ٤ / ٦٨٤، والإنصاف مع الشرح الكبير: ١٧ / ٢٥٢).

....

وَمَنْ قَبِلَهَا ثُمَّ رَدَّهَا لَمْ يَصِحَّ الرَدُّ، وَيَجُوزُ الرُّجُوعُ فِي الوَصِيَّةِ،

(ومن قَبِلها) أي الوصية **(ثم ردها)** ولو قبل القبض **(لم يصح الـــرد)**(١)(٢)؛ لأن[١] ملكه قد استقر عليها بالقبول، إلا أن يرضى الورثة بذلك فتكون هبة منه لهم تعتبر شروطها(٣).

(ويجوز الرجوع في الوصية)(٤) لقول عمر: «يغير الرجل ما شاء

(١) إذا ردَّ الموصى له الوصية، فإن كان في حياة الموصي فلا عبرة به عند جمهور الفقهاء خلافاً لزفر من الحنفية فإن هذا الرد مبطل للوصية.
وإن كان هذا الرد بعد وفاة الموصي، وقبل قبوله صح الرد وبطلت الوصية عند جمهور الفقهاء، وإن كان بعد القبول فالمذهب: كما ذكر المؤلف.
وعند الشافعية: إن كان الرد بعد القبول والقبض فلا يصح؛ لأن الملك ثبت بالقبول، وإن كان الرد بعد القبول وقبل القبض فالأصح عندهم: لا يصح الرد؛ لأن الملك يحصل بالقبول من غير قبض. (المصادر السابقة).

(٢) ولو في مَكيل أو موزون على المذهب؛ لما علل به المؤلف.
والوجه الثاني: يصح الرد، قدمه في المغني؛ لأنه لا يستقر ملكه عليه قبل قبضه، ولأنه لما ملك الرد من غير قبول ملك الرد من غير قبض.
(المغني مع الشرح الكبير: ٦ /٤٣٧، والكافي: ٢ /٤٨٣، وكشاف القناع: ٤ /٣٤٥).

(٣) من اعتبار إيجاب وقبول، ولزوم بالقبض، وغير ذلك من الأحكام.

(٤) في المغني (٨ /٤٦٨): «اتفق أهل العلم على أن للموصي أن يرجع في كل ما وصى به، وفي بعضه، إلا الوصية بالإعتاق فقد اختلف فيها، فالأكثرون على جواز الرجوع فيها أيضاً، روي ذلك عن عمر ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: يغير ما شاء من وصيته. وبه قال عطاء وجابر بن زيد،=

[١] في / ف بلفظ (لا ملكه).

وَإِنْ قَالَ: إِنْ قَدِمَ زَيْدٌ فَلَهُ مَا أَوْصَيْتُ بِهِ لِعَمْرٍو، فَقَدِمَ فِي حَيَاتِهِ فَلَهُ، وَبَعْدَهَا

في وصيته»[١]. فإذا قال: رجعت في وصيتي أو أبطلتها ونحوه[٢]، بطلت، وكذا إن وجد منه ما يدل على الرجوع[٣]. (**وإن قال**) الموصي: (**إن قدم زيد فله ما وصيت به لعمرو فقدم**) زيد (**في حياته**) أي حياة الموصي (**فله**) أي فالوصية لزيد لرجوعه عن الأول وصرفه إلى الثاني معلقاً بالشرط وقد وجد[٤]، (**و**) إن قدم زيد (**بعدها**) أي بعد

= والزهري، وقتادة، ومالك، والشافعي، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور.
وقال الشعبي، وابن سيرين، وابن شبرمة، والنخعي: يغير ما شاء منها إلا العتق؛ لأنه إعتاق بعد الموت فلم يملك تغييره كالتدبير.
ولنا: أنها وصية فملك الرجوع عنها كغير العتق ...»ا.هـ.

(١) أخرجه الدارمي: (٢/ ٢٩٥) الوصايا، باب الرجوع عن الوصية (ح ٣٢١٤، ٣٢١٦)، وعبدالرزاق: (٩/ ٧١ - ح ١٦٣٧٩)، وابن أبي شيبة: (١١/ ١٧٢ - ح ١٠٨٥٣، ١٠٨٥٤)، وابن حزم في المحلى: (٩/ ٣٤١)، والبيهقي: (٦/ ٢٨١) الوصايا، باب الرجوع في الوصية.

(٢) كرددتها، أو غيرتها، أو فسختها؛ لأنه صريح في الرجوع.

(٣) كالبيع، والعرض على البيع، والهبة، والوقف، والرهن، وكذا لو غزل القطن ونحوه، أو أحبل الجارية لا إن آجرها أو زرعها أو خلطه بما يتميز منه، ونحو ذلك.

(٤) في المغني (٨/ ٤٦٧): «وإن قال ما أوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعاً، وبه قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافاً؛=

لِعَمْرٍو، وَيُخْرَجُ الوَاجِبُ كُلُّهُ مِنْ دَيْنٍ وَحَجٍّ وَغَيْرِهِ مِنْ كُلِّ مَالِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ، وَإِنْ لَمْ يُوصِ بِهِ،

حياة الموصي فالوصية (**لعمرو**)(١)، لأنه لما مات قبل قدومه استقرت لـه(٢) لعدم الشرط في زيد(٣) لأن قدومه إنما كان بعد ملك الأول وانقطاع حق الموصي منه(٤).

(**ويخرج**) وصي فوارث فحاكم (**الواجب كله من دين وحج وغيره**) كزكاة ونذر وكفارة (**من كل ماله بعد موته وإن لم يوصِ به**)(٥) لقوله

= لأنه صرح بالرجوع عن الأول بذكره أن ما أوصى به مردود إلى الثاني أشبه ما لو قال: رجعت عن وصيتي لفلان وأوصيت بها لفلان».

(١) دون زيد لانقطاع حقه من الوصية بموت الموصي قبل قدومه، وانتقالها لعمرو.

(٢) أي لعمرو؛ لثبوته له بالموت والقبول.

(٣) وهو قدومه في حياة الموصي.

(٤) ولم يؤثر وجود الشرط بعد ذلك، كمن علق طلاقاً أو عتقاً بشرط، فلم يوجد إلا بعد موته. (كشاف القناع ٤ / ٣٥١).

(٥) وهذا هو المذهب؛ لما استدل به المؤلف.

ونقل ابن إبراهيم في حج لم يوص به وزكاة وكفارة من الثلث.

(الإنصاف مع الشرح الكبير: ١٧ / ٢٧٤).

. . . .

تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾[(١)][(٢)]. ولقول عليٍّ: «**قضى رسول الله ﷺ بالدين قبل الوصية**»[(٣)] رواه الترمذي[(٤)].

(١) سورة النساء: الآية ١١.

(٢) فالميراث مؤخر عنهما إجماعاً، والحكمة في تقديم ذكر الوصية: أنها لَمَّا أشبهت الميراث في كونها بلا عوض كان في إخراجها مشقة على الوارث فقدمت حثًّا على إخراجها، وجيء بكلمة أو التي للتسوية، فيستويان في الاهتمام وإن كان مقدماً عليها.

(٣) ولحديث ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ أن النبي ﷺ: «**اقضوا الله فالله أحق بالوفاء**» رواه البخاري.

(٤) أخرجه الترمذي: (٤ / ٤١٦) الفرائض (ح ٢٠٩٤)، (٤ / ٤٣٥) الوصايا (ح ٢١٢٢)، وابن ماجه: (٢ / ٩٠٦) الوصايا، باب الدين قبل الوصية (ح ٢٧١٥)، وأحمد: (١ / ٧٩، ١٣١، ١٤٤)، والطيالسي: (ص ٢٥ – ح ١٧٩)، والحميدي: (١ / ٣٠–٣١ – ح ٥٦)، وابن الجارود في المنتقى: (ص ٣١٧ – ح ٩٥٠)، وأبو يعلى: (١ / ٢٥٧، ٤٦١ – ح ٣٠٠، ٦٢٥)، وابن جرير الطبري في التفسير: (٤ / ٢٨١)، والدارقطني: (٤ / ٨٦–٨٧) الفرائض (ح ٦٤)، والحاكم: (٤ / ٣٣٦) الفرائض، والبيهقي: (٦ / ٢٣٢) الفرائض، باب ميراث الإخوة والأخوات، (٦ / ٢٦٧) الوصايا، باب تبدية الدين على الوصية، من طريق أبي إسحاق عن الحارث عن علي بن أبي طالب. وإسناده ضعيف؛ لضعف الحارث بن عبدالله الأعور الراوي عن علي، ونقل البيهقي عن الشافعي =

. . . .

فَإِنْ قَالَ : أَدُّوا الوَاجِبَ مِنْ ثُلُثِي ؛ بُدِئَ بِهِ ، فَإِنْ بَقِيَ مِنْهُ شَيْءٌ أَخَذَهُ صَاحِبُ التَّبَرعِ ، وَإِلاَّ سَقَطَ .

(**فإن قال : أدوا الواجب من ثلثي ، بدئ به**) أي بالواجب[1] ، (**فإن بقي منه**) أي من الثلث (**شيء أخذه صاحب التبرع**) لتعيين الموصي ، (**وإلا**) يفضل شيء (**سقط**) التبرع؛ لأنه لم يوص له بشيء إلا أن يجيز الورثة فيعطى ما أوصي له به، وإن بقي من الواجب شيء تمم من رأس المال.

= قوله « لا يثبت أهل الحديث مثله »، ثم بين البيهقي سبب هذا الامتناع حيث قال: « لتفرد الحارث الأعور بروايته عن علي ـ رضي الله عنه ـ والحارث لا يحتج بخبره لطعن الحفاظ فيه »، وقال الحافظ ابن حجر في التلخيص الكبير (٤ / ٩٥): « والحارث وإن كان ضعيفاً فإن الإجماع منعقد على وفق ما روى ».

(١) لكونه قصد إرفاق ورثته بذلك.

(٢) لأن الدين تجب البداءة به قبل الميراث والتبرع، فإذا عينه في الثلث وجبت البداءة به، وما فضل للتبرع.

(٣) حيث لم يبق له بعد الواجب شيء.

(٤) لم يف به ثلث المال الموصى به.

(٥) كما لو لم يوص به، والواجب لا يتقيد بالثلث.

* * *

بَابُ المُوصَى لَهُ

تَصِحُّ لِمَنْ يَصِحُّ تَمَلُّكُهُ،

باب الموصي له(١)

(**تصح**) الوصية (**لمن يصح تملكه**) من مسلم وكافر(٢)؛ لقوله تعالى: ﴿**إِلاَّ أَن تَفْعَلُوا إِلَىٰ أَوْلِيَائِكُم مَّعْرُوفًا**﴾(٣).

---

(١) وهو المتبرع له بالمال. وهذا هو الركن الثالث من أركان الوصية، وتقدم: موصٍ، ووصيةٍ، والرابع موصى به.

(٢) تصح الوصية للذمي باتفاق الفقهاء، قال ابن حزم في المحلى (٩ / ٣٩٣): «والوصية للذمي جائزة، ولا نعلم في هذا خلافاً».

(٣) سورة الأحزاب: الآية ٦.

أما الوصية للمستأمن: فالمذهب، وهو مذهب المالكية، والشافعية، وهو الظاهر عند الحنفية: صحة الوصية للمستأمن؛ لأنه ما دام في دار الإسلام فهو بمنزلة الذمي في المعاملات.

وعن أبي حنيفة: عدم جواز الوصية له؛ لأنه من أهل الحرب حكماً، إذ إنه على قصد الرجوع للكفار.

(البحر الرائق: ٨ / ٥٢٠، وشرح الخرشي: ٨ / ١٧٠، ونهاية المحتاج: ٦ / ٤٨، والمغني مع الشرح الكبير: ٦ / ٥٣٠).

الوصية للحربي؛ فالمذهب، وهو مذهب المالكية، والشافعية، صحة الوصية للحربي؛ لما روى عبدالله عمر ـ رضي الله عنهما ـ أن عمر رضي الله عنه «كسا أخاً له مشركاً بمكة حلة»، رواه البخاري. =

. . . .

وَلعَبْده بِمُشَاعٍ كَثُلُثِه، وَيُعْتَقُ مِنْهُ بِقَدْرِه،

قال محمد بن الحنفية[١]: هو وصية المسلم لليهودي والنصراني[٢]، وتصح لمكاتبه ومدبره وأم ولده[٣] **(ولعبده بمشاع كثلثه)**[٤]؛ لأنها وصية تضمنت العتق بثلث ماله، **(ويعتق منه بقدره)** أي بقدر

= ولما روى البخاري أن النبي ﷺ قال لأسماء رضي الله عنها: «**صلي أمك، وهي مشركة**».

وعند الحنفية: أن الوصية للحربي لاتصح، لأن في الوصية له إعانة على حربنا، وبراً، وقد نهينا عن برهم. (المصادر السابقة).

(١) نسبه إلى أمه؛ لأنها من بني حنيفة، وإلا فهو محمد بن علي بن أبي طالب رضي الله عنهما.

(٢) يعني المعين، وإلا فلا تصح للكافر غير المعين كاليهود والنصارى والمجوس، بسلاح. (ينظر: الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٧ / ٢٨٢).

(٣) أي تصح الوصية لمكاتبه، ومدبره، وأم ولده.

في الإنصاف (١٧ / ١٨٣): «بلا نزاع» فتصح لمكاتب الموصي؛ لأنه معه كالأجنبي في المعاملات، وكذا الوصية، وتصح لمدبره فيقدم عتقه على وصيته له، وتصح لأم ولده لوجود الحرية عند الموت، فتقبل التمليك.

(٤) الوصية للرقيق الخالص لا تخلو من أمرين:

الأول: أن تكون بمعين، فلا تصح ويأتي.

الثاني: أن تكون بمشاع غير معين كثلثه، وربعه فتصح.

. . . .

وَيَأْخُذُ الفَاضِلَ، وَبِمِائَةٍ أَوْ مُعَيَّنٍ لاَ تَصِحُّ لَهُ،

الثلث[(١)]، فإن كان ثلثه مائة وقيمة العبد مائة فأقل؛ عتق كله؛ لأنه يملك من كل جزء من المال ثلثه مشاعاً، ومن جملته[١] نفسه فيملك ثلثها، فيعتق ويسري إلى بقيته (**ويأخذ الفاضل**) من الثلث؛ لأنه صار حرًّا[(٢)] وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث[(٣)].

(**و**) إن وصى (**بمائة أو**) بـ (**معين**) كدار وثوب (**لا تصح**) هذه الوصية (**له**) أي لعبده[(٤)]؛ لأنه يصير ملكاً للورثة فما وصى له به فهو لهم، فكأنه وصى لورثته بما يرثونه فلا فائدة فيه، ولا تصح لعبد غيره[(٥)].

---

(١) أو الربع من الجزء المشاع؛ لتعذر ملكه لنفسه. (ينظر المبدع: ٦/ ٣٤).

(٢) فملك الوصية، فكأن الموصي قال: اعتقوا عبدي من ثلثي، وأعطوه ما فضل منه.

(٣) إن لم تجز الورثة، والخلاصة: أنه إن كانت الوصية وفق قيمة العبد عتق، وإن كانت أزيد فالزيادة له، وإن كانت أنقص فيعتق بقدره منه.

(٤) لأنه لا يدخل منه شيء فيما وصى له به، فلا يعتق منه شيء.

(٥) المذهب: أنها تصح لعبد غيره، وتكون الوصية لسيده؛ لأنه من كسب عبده، وكسب العبد للسيد، ولا يفتقر في القبول إلى إذن السيد؛ لأنه كسب من غير إذن سيده كالاحتطاب، وهذا قول أهل العراق، والشافعي، وعن الإمام أحمد: لا تصح الوصية لقن زمنها ذكره ابن عقيل.
(الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٧/ ٢٩٨)

---

[١] في / م، ف بلفظ (جمله).

وَتَصِحُّ بِحَمْلٍ، وَلِحَمْلٍ تَحَقَّقَ وَجُودُهُ قَبْلَهَا،

(وتصح) الوصية **(بحمل)**(١) تحقق وجوده قبلها؛ لجريانها مجرى الإرث. **(و)** تصح أيضاً **(لحملٍ تحقق وجوده قبلها)**(٢) أي قبل الوصية بأن تضعه لأقل من ستة أشهر من الوصية إن كانت فراشاً(٣).

---

(١) تصح الوصية بالحمل باتفاق الأئمة، بشرط وجوده في بطن أمه؛ لأنه يجري فيه الإرث فتجري فيه الوصية.
(حاشية رد المحتار: ٦ / ٦٥٤، ومواهب الجليل: ٦ / ٣٧٤، ونهاية المحتاج: ٦ / ٥٠، ومطالب النهى: ٤ / ٤٩٠).
وهذا إذا كان الحمل معيناً، وأما إذا لم يعين الحمل فإنها تصح بالمعدوم والمجهول كما يحمل حيوانه أو شجرته.

(٢) تصح الوصية للحمل باتفاق الفقهاء؛ لأنها استخلاف، والجنين يصلح خليفة في الإرث، فكذا الوصية.
(ينظر تبيين الحقائق: ٦ / ١٨٦، وحاشية ابن عابدين: ٦ / ٦٥٣، وجواهر الإكليل: ٢ / ٣١٧، وحاشية الدسوقي: ٤ / ٣٧٦، وشرح الخرشي: ٨ / ١٦٨، وشرح روض الطالب: ٣ / ٣٠، والمغني مع الشرح الكبير: ٦ / ٤٧٥).

(٣) أي بأن يكون لها زوج أو سيد يطؤها.

. . . .

. . . .

أو لأقل من أربع سنين إن لم تكن كذلك(١)(٢)، ولا تصح لمن تحمل به هذه المرأة(٣).

---

(١) أي لم تكن فراشاً بحيث لا يكون لها سيد، ولا زوجة يطؤها.
وتحديده بأربع سنوات بناء على المذهب: أن أكثر مدة الحمل أربع سنوات، ويأتي في باب العِدَد.

(٢) وعند الحنفية: تعتبر الوصية صحيحة للحمل في حالتين:
الأولى: أن تكون الزوجية قائمة بين الزوجين حقيقة أو حكماً في عدة الطلاق الرجعي.
الثانية: إذا كانت الحامل معتدَّةً حين الوصية من طلاق بائن، أو متوفى عنها زوجها، فإنه يشترط لصحة الوصية للحمل أن تأتي به لأقل من سنتين من وقت الطلاق أو الموت.
وعند المالكية: يشترط أن يستهل صارخاً عقب ولادته، فإن لم يستهل لم يستحق الموصى به.
وعند الشافعية يشترط شرطان: **الأول**: أن ينفصل حيًّا حياة مستقرة.
الثاني: أن يعلم وجوده حال الوصية .. كمذهب الحنابلة. (المصادر السابقة).
وإذا انفصل الحمل ميتاً بطلت؛ سواء كان لعارض أم لا، وإن وضعته حيًّا صحَّت، ولابدَّ من قبول الحمل للوصية.

(٣) فجمهور أهل العلم: عدم صحة الوصية للمعدوم كالإرث، ولأنها تمليك مضاف لما بعد الموت.
وعند المالكية: تصح الوصية للمعدوم؛ لأن الوصية كالوقف، والوقف على =

. . . .

وَإِذَا أَوْصَى مَنْ لاَ حَجَّ عَلَيْهِ أَنْ يُحَجَّ عَنْهُ بِأَلْفٍ، صُرِفَ مِنْ ثُلُثِهِ مَؤُونَةُ حِجَّةٍ بَعْدَ أُخْرَى حَتَّى يَنْفَدَ،

(**وإذا أوصى من لا حج عليه أن يحج عنه بألف صرف من ثلثه مؤنة حجة بعد أخرى حتى ينفذ**) الألف راكباً أو راجلاً[1]؛ لأنه وصى بها في جهة قربة فوجب صرفها فيها[2]، فلو لم يكف الألف أو البقية[3]، حج به من حيث يبلغ، وإن قال: حجة بألف، دفع لمن يحج

= من سيحدث جائز.

ونوقش: بالفرق، فالوقف يراد للدوام، فكان من ضرورته إثباته للمعدوم بخلاف الوصية.

(المصادر السابقة)

(١) وهذا هو المذهب؛ لأنه وصى في جهة قربة فوجب صرفه فيها كما لو وصى في سبيل الله تعالى.

وعن الإمام أحمد: تصرف في حجة لا غير، والباقي إرث.

(الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٧ / ٣١٤).

(٢) ولا يجوز أن يدفع لواحد أكثر من نفقة المثل؛ لأنه أطلق التصرف في المعاوضة فاقتضى ذلك عوض المثل. (المصدر السابق).

(٣) أي: أو صرف منه حجة بعد أخرى، وبقي بقية ولم تكف البقية للحج حج بالباقي من حيث يبلغ؛ لأن الموصي قد عين صرف ذلك في الحج، فصرف فيه بقدر الإمكان.

وإن قال: حجوا عني بألف ولم يقل: واحدةً. لم يحج عنه إلا واحدة، وما فضل للورثة.

. . . .

وَلاَ تَصِحُّ لِمَلَكٍ وَبَهِيمَةٍ وَمَيِّتٍ، فَإِنْ وَصَّى لِحَيٍّ وَمَيِّتٍ يُعْلَمُ مَوْتُهُ،

به واحدة عملاً بالوصية حيث خرج من الثلث وإلا فبقدره(١)، وما فضل منها فهو لمن يحج؛ لأنه قصد إرفاقه.

(**ولا تصح**) الوصية (**لِمَلَكٍ**)(٢) وجني (**وبهيمة وميت**) كالهبة [لهم][١] لعدم صحة تمليكهم(٣)، (**فإن وصى لحي وميت يعلم موته**

---

(١) أي وإلا فبقدر الثلث.

وفي الاختيارات (ص ١٩٥): «ومن أوصي بإخراج حجة، فولاية الدفع والتعيين للوصي الخاص إجماعاً، وإنما للولي العام الاعتراض عليه؛ لعدم أهليته، أو فعله محرماً».

(٢) الملك: بفتح اللام أحد الملائكة، والجنِّي: واحد الجن، فلا تصح لهما؛ لأنهما لا يملكان.

(٣) وهذا هو المذهب، ومذهب الحنفية والشافعية: عدم الصحة لمن لا يصح تمليكه.

لكن عند الحنابلة: تصحُّ الوصية لفرس فلان، أو دآبته وإن لم يقبل المالك الوصية، ويصرف الموصى به في علف الحيوان لقصد الموصي.

وعند الحنفية: لو قال: أوصيت بهذا التبن ليعلف به دوآب فلان فإنه يجوز، وكذا يجوز لو قال: أوصيت بهذا التبن ينفق على فرس فلان كل شهر كذا، وتكون الوصية لصاحب الفرس والدوآب.

وعند المالكية: تصح الوصية لخيل الجهاد. =

---

[١] ساقط من / س.

فَالكُلُّ لِلْحَيِّ، وَإِنْ جُهِلَ فَالنِّصْفُ،

فالكل للحي)[١]؛ لأنه لما أوصى بذلك مع علمه بموته، فكأنه قصد الوصية للحي وحده، **(وإن جهل)** موته **(فـ)** للحي **(النصف)** من الموصى به[٢]؛ لأنه أضاف الوصية إليهما ولا قرينة تدل على عدم إرادة الآخر.

= وعند الشافعية: لا تجوز الوصية للدابة؛ لأنها غير أهل للملك إلا إذا كان الغرض صاحبها أو علفها.

(رد المختار: ٦/٦٦٣، وجواهر الإكليل: ٢/٣١٧، وقليوبي وعميرة: ٣/١٥٨، ومطالب أولي النهى: ٤/٤٧٥).

(١) هذا هو أحد الوجهين؛ لما علل به المؤلف.

ويحتمل ألا يكون له إلا النصف، وهذا هو المذهب؛ لأنه جعل الوصية لاثنين فلم يستحق.

وقال في الرعاية الكبرى: وتتوجه القرعة بين الحي والميت.

(الإنصاف مع الشرح: ١٧/٣٣٢)

قال المرداوي: إذا لم يقل: هو بينهما، فإن قاله كان له النصف قولاً واحداً.

(٢) وفي الإنصاف: «بلا نزاع».

وإن مات الموصى له بالمنفعة فلورثته ما كان له؛ حكاه ابن المنذر إجماعاً.

وَإِنْ وَصَّى بِمَالِهِ لابنيه وأجنبي فردا فله التسع

ولا تصح الوصية لكنيسة وبيت نار أو عمارتهما(١) ولا لكتب التوراة والإنجيل ونحوها(٢). (**وإن وصى بماله لابنيه وأجنبي فردا**) وصيته (**فله**[١] **التسع**) لأنه بالرد رجعت الوصية إلى الثلث والموصي له ابنان والأجنبي فله ثلث الثلث وهو تسع(٣)، وإن وصى لزيد والفقراء والمساكين بثلثه، فلزيد التسع ولا يدفع له شيء بالفقر؛ لأن العطف

---

(١) الكنيسة: معبد النصارى، وبيت النار: معبد المجوس، ولغير ذلك من معابد الكفر. (ينظر: المطلع ص٢٢٤).

(٢) كالزبور وصحف موسى وإبراهيم.

وفي الشرح الكبير (١٧ / ٣٣٠): «لأنها كتب منسوخة وفيها تبديل، والاشتغال بها غير جائز، وقد غضب النبي ﷺ حين رأى مع عمر شيئاً مكتوباً من التوراة ...».

قال شيخ الإسلام كما في حاشية ابن قاسم (٦/٦٣): «لو حبس الذمي من ماله نفسه شيئاً على معابدهم لم يجز للمسلمين الحكم بصحته؛ لأنه لا يجوز لهم إلا بما أنزل الله، ومما أنزل الله ألا يعاونوا على شيء من الكفر والفسوق ..».

(٣) وفي الإفصاح (٢ / ٧٢): «واختلفوا فيما إذا كان له ثلاثة أولاد فأوصى لآخر بمثل نصيب أحدهم، فقال أبو حنيفة والشافعي وأحمد: له الربع، وقال مالك: له الثلث».

---

[١] في / ط بلفظ (فلها).

....

يقتضي المغايرة ولو أوصى بثلثه للمساكين، وله أقارب محاويج، غير وارثين، لم يوص لهم، فهم أحق به[١].

---

(١) لأن الوصية لهم أفضل؛ لقوله تعالى: ﴿ **وَاعْبُدُوا اللَّهَ وَلا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَالْجَارِ الْجُنُبِ ...** ﴾ الآية، ولحديث أنس رضي الله عنه ـ وفيه قوله ﷺ لأبي طلحة لما تصدق ببيرحاء: « **أرى أن تجعلها في الأقربين** » متفق عليه.

* * *

....

بَابُ الـمُوصَى بِهِ

تَصِحُّ بِمَا يُعْجَزُ عَنْ تَسْلِيْمِهِ، كَآبِق وَطَيْرٍ فِي الهَوَاءِ، وَبِالـمَعْدُومِ، كَمَا يَحْمِلُ حَيَوَانُهُ

باب الموصى به[١]

(**تصح بما يعجز عن تسليمه كآبق وطير في هواء**)[٢] وحمل في بطن، ولبن في ضرع[٣]؛ لأنها تصح بالمعدوم فهذا أولى.

(**و**) تصح (**بالمعدوم**[٤] **كـ**) وصية بـ (**ما يحمل حيوانه**) وأمته

---

(١) أي المتبرع به من مال أو منفعة، وهو المكمل لأركان الوصية الأربعة.

(٢) وفي الشرح الكبير مع الإنصاف (١٧ / ٣٤٢): «لأن الوصية إذا صحت بالمعدوم فبغيره أولى، ولأنها أجريت مجرى الميراث، وهذا يورث فيوصى به ... وللوصي السعي في تحصيله فإن قدر عليه أخذه إذا خرج من الثلث».

(٣) باتفاق الأئمة تصحُّ الوصية بالحمل، واللبن في الضرع، والصوف على الظهر؛ لأنها مما يورث، ولأن الوصية بالمعدوم صحيحة وهذا أولى.
(تبيين الحقائق: ٦ / ١٨٦، ومواهب الجليل: ٦ / ٣٧٤، ونهاية المحتاج: ٦ / ٥٠، ومطالب أولي النهي: ٤ / ٤٩٠).

(٤) وهذا باتفاق الأئمة؛ لأن الوصية شرعت في الأصل رفقاً بالناس، وتوسعة عليهم فاحتمل فيها الغرر.
(تبيين الحقائق: ٦ /٢٠٣، وشرح الخرشي: ٨ /١٦٩، ونهاية المحتاج: ٦ / ٥٠، ونيل المآرب: ٢ /١٨). =

....

وَشَجَرَتُهُ أَبَداً ، أَوْ مُدَّةً مُعَيَّنَةً ، فَإِنْ لَمْ يَحْصُلْ مِنْهُ شَيْءٌ بَطَلَتِ الوَصِيَّةُ ،

(**وشجرته أبداً أو مدة معينة**) كسنة(١)(٢)، ولا[١] يلزم الوارث السقي لأنه لم يضمن تسليمها بخلاف بائع، (**فإن**) حصل شيء فهو للموصى له بمقتضى الوصية(٣)، وإن (**لم يحصل منه شيء بطلت الوصية**) لأنها لم تصادف محلاً.

= لكن عند الحنفية: تصحُّ الوصية بثمرة بستانه في المستقبل، ولا تصح الوصية بما تلد أغنامه، أو بما تحمل به جاريته. (المصادر السابقة).

(١) وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم.

وعند الحنفية: التفريق في الوصية بين الغلة والثمرة: فإذا أوصى بثمرة بستانه، فإن أطلق في وصيته ولم ينص على التأبيد لم يستحق الموصى له من الثمرة إلا ما كان موجوداً وقت وفاة الموصي دون غيره، فإن نص على التأبيد استحق الثمرة الموجودة وما بعد الوفاة، وأما إذا أوصى بغلة بستانه فإن الموصى له يستحق ما كان موجوداً وما يحدث بعد وفاة الموصي وإن لم ينص على التأبيد. (المصادر السابقة)

(٢) وأما الوصية بحملها فيشترط وجوده عند الوصية كما تقدم، والفرق: أن هذا تعليق فيصح.

(٣) أي فإن حصل شيء مما وصى به من المعدوم فللموصى له بمقتضى الوصية، إلا حمل الأمة إذا قيل بصحتها، فيعطى مالك الأمة قيمته لحرمة التفريق.

---

[١] في / هـ بلفظ (فلا يلزم).

وَتَصِحُّ بِكَلْبِ صَيْدٍ وَنَحْوِهِ وَبِزَيْتٍ مُتَنَجِّسٍ، وَلَهُ ثُلُثُهُمَا وَلَوْ كَثُرَ المَالُ، إِنْ لَمْ تُجِزِ الوَرَثَةُ،

(وتصح بـ) ما فيه نفع مباح من (كلب صيد ونحوه) كحرث وماشية[(1)] (وبزيت متنجس) لغير مسجد[(2)]، (و) للموصى (له ثلثهما) أي ثلث الكلب والزيت المتنجس (ولو كثر المال إن لم تجز الورثة)[(3)] لأن[[1]] موضوع الوصية على سلامة ثلثي التركة للورثة، وليس من التركة شيء من جنس الموصى به[(4)]، وإن وصى بكلب ولم يكن له

---

(١) وجرو يربى لما يباح اقتناؤه له؛ لأن فيه نفعاً مباحاً، وتقر اليد عليه، هذا هو الصحيح من المذهب. وقيل: لا يجوز تربيته فلا تقر اليد عليه. (الإنصاف مع الشرح الكبير: ١٧ / ٣٤٦)

(٢) لأن فيه نفعاً مباحاً، وتقدم في المجلد السادس في شروط البيع.

(٣) وهذا هو المذهب؛ لما علل به المؤلف.
والوجه الثاني: إن لم يكن للموصي مال فللموصى له ثلث ذلك إن لم تجز الورثة، وإن كان له مال؛ فجميع ذلك للموصى له، وإن قلَّ.
قال الحارثي: ويحتمل وجهاً ثالثاً، وهو أن يضم إلى المال بالقيمة فتقدر المالية بالقيمة كتقديرها في الجزء في بعض الصور، ثم يعتبر من الثلث كأنه مال. (الإنصاف مع الشرح الكبير: ١٧ / ٣٤٤).

(٤) إذ الموصى به من المختصات، وليس من الأموال.
ولو وصى بثلث ماله ولم يوص بالكلاب دفع له ثلث المال، ولم تحسب الكلاب؛ لأنها ليست مالاً.

---

[١] في / هـ بلفظ (لأنه).

وَتَصِحُّ بِمَجْهُولٍ كَعَبْدٍ وَشَاةٍ وَيُعْطِي مَا يَقَعُ عَلَيْهِ الاسْمُ الْعُرْفِيُّ

كلب، لم تصح الوصية.

(**وتصح بمجهول**[١] **كعبد وشاة**) لأنها إذا صحت بالمعدوم فالمجهول أولى، (**ويعطي**) الموصى له (**ما يقع عليه الاسم**) لأنه اليقين كالإقرار[٢]، فإن اختلف الاسم بالحقيقة والعزف قدم (**العرفي**)[٣] في اختيار الموفق[٤]، وجزم به في «الوجيز» و«التبصرة»[٥] لأنه

---

(١) تصح الوصية بالمجهول باتفاق الأئمة؛ لأن اشتراط العلم إنما يكون في عقود المعاملات دفعاً للغرر بخلاف عقود التبرعات.
(تبيين الحقائق: ٦ / ١٨٩، وأسنى المطالب: ٣ / ٣٥، وكشاف القناع: ٤ / ٣٦٩).

(٢) ولأنه مقتضى اللفظ.

(٣) مثاله: الشاة في الحقية اللغوية اسم للذكر والأنثى من الضأن والمعز؛ لقوله ﷺ: «**في أربعين شاة شاة**» - تقدم في الزكاة - وفي العرف للأنثى الكبيرة من الضأن، والبعير والثور في الحقيقة للذكر والأنثى، وفي العرف للذكر الكبير من الإبل والبقر.

(٤) المغني: (٨ / ٥٦٧).

(٥) وهذا هو مذهب الحنفية والمالكية، لما علَّلَ به المؤلف.
والمذهب، ومذهب الشافعية: أنها تغلب الحقيقة اللغوية على العرفية؛ لِما علَّلَ به المؤلف.
(ينظر: بدائع الصنائع: ٣ / ١٣، والشرح الكبير للدردير: ٢ / ١٣٨، وروضة الطالبين: ١١ / ٨١، وكشاف القناع: ٦ / ٢٥٢).

وَإِذَا أَوْصَى بِثُلُثِه فَاسْتَحْدَثَ مَالاً وَلَوْ دِيَةً دَخَلَ فِي الوَصِيَّةِ،

المتبادر إلى الفهم(١)، وقال الأصحاب(٢): تغلب الحقيقة؛ لأنها الأصل(٣).

(**وإذا وصَّى**[١] **بثلثه**) أو نحوه(٤)، (**فاستحدث مالاً**(٥) **ولو دية**)(٦) بأن قتل عمداً أو خطأ وأخذت ديته (**دخل**) ذلك (**في الوصية**)، لأنها تجب[٢] للميت بدل نفسه، ونفسه له فكذا بدلها، ويقضى منها

---

(١) ولأن الظاهر إرادته، ولأنه لو خوطب قوم بشيء لهم فيه عرف، وحملوه على عرفهم لم يعدوا مخالفين.

(٢) وهذا هو المذهب كما تقدم.

(٣) ولهذا يحمل عليها كلام الله، وكلام رسوله ﷺ.

(الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٧ / ٣٤٩)

(٤) كربع ماله، أو خمسه، أو جزء منه.

(٥) بعد الوصية.

(٦) وهذا هو المذهب.

وفي الشرح الكبير مع الإنصاف (١٧ / ٣٦١): «في قول أكثر أهل العلم ... وممن قال ذلك النخعيُّ والأوزاعيُّ ومالك والشافعي، وأبو ثور وأصحاب الرأي؛ لأنه من ماله يرثه ورثته، وتقضى منه ديونه أشبه ما ملكه قبل الوصية» ا.هـ.

وفي الإنصاف: «وعنه - أي الإمام أحمد - يدخل المتجدد مع علمه به أو قوله ثلثي يوم أموت وإلا فلا».

---

[١] في / س بلفظ (أوصى).

[٢] في / ف بلفظ (تحت).

وَمَنْ أُوْصِيَ لَهُ بِمُعَيَّنٍ فَتَلفَ بَطَلَتْ، وَإِنْ أَتْلَفَ المَالَ غَيْرُهُ فَهُوَ لِلْمُوصَى لَهُ، إِنْ خَرَجَ مِنْ ثُلُثِ المَالِ الحَاصِلِ لِلْوَرَثَةِ.

دينه، ومؤنة تجهيزه(١).

(**ومن أوصى له بمعين فتلف**) قبل موت الموصي أو بعده قبل القبول (**بطلت**)(٢) الوصية لزوال حق الموصى له.

(**وإن تلف**[١] **المال** [**كله**][٢] **غيره**) أي غير المعين الموصى به (**فهو للموصى له**)؛ لأن حقوق الورثة لم تتعلق به لتعيينه للموصى له(٣) (**إن خرج من ثلث المال الحاصل للورثة**)(٤)، وإلا فبقدر الثلث، والاعتبار في قيمة الوصية ليعرف خروجها من الثلث وعدمه بحالة

---

(١) وتحسب على الورثة من ثلثيه إن وصى بمعين.

(٢) في المغني (٨ / ٥٧٢): « ... فقال – ابن المنذر – أَجْمَعَ مَنْ أَحْفَظُ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا أُوصي له بشيء، فهلك ذلك الشيء أن لا شيء له في سائر مال الميت، وذلك أن الموصى له إنما يستحق بالوصية لا غير، وقد تعلقت بمعين وقد ذهب فذهب حقه كما لو تلف في يده».

(٣) ولذلك يملك أخذه دون رضاهم، فكان حقه فيه دون سائر المال، وحقوقهم في سائر المال دونه، وأيهما تلف حقه لم يشارك الآخر في حقه.

(٤) عند الموت، وكان غيره عيناً حاضرة يتمكن الوارث من قبضها.

---

[١] في / ف بلفظ (أتلف).

[٢] ساقط من هـ، م، ف. وفي / ش بلفظ (غيره كله).

. . . .

المـوت[1]؛ لأنها حالة لزوم الوصية، وإن كان ما عدا المعين ديناً أو غائباً[2]، أخذ الموصى له ثلث الموصى به[3]، وكلّ ما اقتضى من الدين[4] أو حضر من الغائب شيء ملك من الموصى به قدر ثلثه حتى يملكه كله[5].

---

(١) وهذا هو المذهب، ومذهب الشافعية؛ لِما علَّلَ به المؤلف.

وعند الحنفية والمالكية: أن الثلث يقدر يوم القسمة وفرز الأنصباء؛ لأنه وقت تنفيذ الوصية.

وعند بعض الشافعية: أنه يقدر الثلث يوم الوصية، فلا عبرة بما يحدث بعدها من زيادة.

(المبسوط: ٢٩ / ١٣، والشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي: ٤ / ٣٨٠، ونهاية المحتاج: ٦ / ٥٤، وكشاف القناع: ٦ / ٤٣٨).

(٢) أي وإن كان ماعدا الموصى به المعين ديناً، أو مالاً غائباً عن البلد.

(٣) وليس له أخذ جميع المعين قبل قدوم الغائب وقبض الدين؛ لأنه ربما تلف فلا تنفذ الوصية في المعين كله، لكن يأخذ الموصى له من المعين ثلثه.

(٤) شيء ملك الموصى له قدر ثلثه؛ لأنه موصى له به.

(٥) أي ثلث المال الحاضر منه والغائب، بمقتضى الوصية إن حصل من الدين أو الغائب، وإنما منع قبل ذلك لحق الورثة وقد زال.

قال شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ١٩٠): «لو أوصى بوقف ثلثه فأخر الوقف حتى نما، فنماؤه يُصرف مصرف نماء الوقف ... ولو وصى أن يشتري مكاناً معيناً، ويوقف على جهة بر، فلم يبع ذلك المكان اشترى مكاناً آخر، ووقف على الجهة التي وصى بها الموصي».

. . . .

بَابُ الوَصِيَّةِ بِالأَنْصِبَاءِ وَالأَجْزَاءِ

إِذَا أَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ وَارِثٍ مُعَيَّنٍ فَلَهُ مِثْلُ نَصِيبِهِ مَضْمُوْماً إِلَى المَسْأَلَةِ،

باب الوصية بالأنصباء والأجزاء[١]

الأنصباء جمع نصيب[٢]، والأجزاء جمع جزء[٣]. **(إذا أوصى بمثل نصيب وارث معين فله مثل نصيبه[٤] مضموماً إلى المسألة)**،

---

(١) عبر في المحرر (١/٣٨٧) بباب حساب الوصايا.

وفي الفروع: (٤/٦٩٨)، باب عمل الوصايا، والغرض منه: العلم بنسبة ما يحصل لكل واحد من الموصى لهم إلى أنصباء الورثة إذا كانت الوصية منسوبة إلى جملة التركة، أو إلى نصيب أحد الورثة.

(٢) في المصباح (٢/٦٠٦): «النصيب: الحصة، والجمع أنصبة، وأنصباء، ونُصُبٌ».

(٣) وهو البعض، ومسائل هذا الباب ثلاثة أقسام: قسم في الوصية بالأنصباء، وقسم في الوصية بالأجزاء، وقسم في الجمع بينهما.

(٤) وهذا هو المذهب، وهو مذهب الحنفية، والشافعية؛ لأن الموصي قد جعل وارثه أصلاً وقاعدة حمل عليه نصيب الموصى له، وهذا يقتضي ألا يزاد أحدهما على صاحبه.

وعند الإمام مالك: أن الموصى له يعطى مثل نصيب ذلك الوارث المعين من أصل المال، ثم يقسم الباقي بين الورثة، هذا في حال كون الورثة في الميراث سواء؛ لأن نصيب الوارث قبل الوصية من أصل المال، وإذا كان الورثة يتفاضلون فينظر إلى عدد رؤوسهم، ويعطى الموصى له سهماً من=

فَإِذَا أَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنِهِ، وَلَهُ ابْنَانِ فَلَهُ الثُّلُثُ، وَإِنْ كَانُوا ثَلاثَةً فَلَهُ الرُّبْعُ،

فتصح مسألة الورثة وتزيد عليها مثل نصيب ذلك المعين فهو الوصية، وكذا لو أسقط لفظ مثل(١) (**فإذا أوصى بمثل نصيب ابنه**) أو بنصيبه (**وله ابنان، فله**) أي للموصى[١] لـه (**الثلث**)(٢) لأن ذلك مثل ما يحصل لابنه(٣)، (**وإن كانوا ثلاثة فـ**) للموصى (**له الربع**) لما سبق(٤).

= عدد رؤوسهم، فإذا كان عدد رؤوس الورثة ثلاثة فله الثلث، وهكذا؛ لأنه في هذه الحال لا يمكن اعتبار أنصبائهم لتفاضلهم، فاعتبر عدد رؤوسهم.

(بدائع الصنائع: ١٠/ ٤٩٠١، والمدونة: ١٥/ ٧٠، وجواهر الإكليل: ٢/ ٢٣، وتكملة المجموع الثانية: ١٥/ ١١٥، والمغني مع الشرح الكبير: ٦/ ٤٤٨).

(١) كما لو وصى بنصيب ابنه، ولم يقل «مثل» صحت أيضاً، وله مثل نصيبه؛ لأنه أمكن تقدير حذف المضاف، وإقامة المضاف إليه مقامه.

(٢) وصورتها: [٢ - ٣]

ابن	١	١
ابن	١	١
موصى له		١

(٣) وهو سهم من اثنين ضم إليهما مثله.

(٤) من قوله قريباً: «إذا أوصى بمثل وارث معين فله مثل نصيبه مضموماً إلى المسألة».

---

[١] في / س بلفظ (الموصى).

وَإِنْ كَانَ مَعَهُمْ بِنْتٌ فَلَهُ التُّسْعَانِ،

(**وإن كان معهم بنت فله التسعان**)؛ لأن المسألة من سبعة لكل ابن سهمان وللأنثى سهم، ويزاد عليها مثل نصيب ابن فتصير تسعة، فالاثنان منها تسعان[1].

---

(١) وصورتها:

	[٧	- ٩]
ابن	٢	٢
ابن	٢	٢
ابن	٢	٢
بنت	١	١
موصى له		٢

وفي الإفصاح (٢ / ٧٢): «واختلفوا فيما إذا كان له ثلاثة أولاد فأوصى لآخر بمثل نصيب أحدهم، فقال أبو حنيفة والشافعي وأحمد: له الربع، وقال مالك: له الثلث».

وفي الشرح الكبير (١٧ / ٤٠٣): «إذا أوصى له بمثل نصيب وارث معين فله مثل نصيبه مضموماً إلى المسألة ومزاداً عليها؛ هذا قول الجمهور... وقال مالك: يُعطى مثل نصيب المعين إن كانوا يتساوون من أصل المال غير مزيد، ويُقَسَّم الباقي بين الورثة؛ لأن نصيب الوارث قبل الوصية من أصل المال، فلو وصى بنصيب ابنه وله ابن واحد فالوصية بجميع المال، وإن كان له ابنان فالوصية بالنصف ... وقال مالك: إن كانوا يتفاضلون نظر إلى عدد رؤوسهم فأعطى سهماً من عددهم».

وفي الإنصاف: «وقال في الفائق: له مثل نصيب أحدهم غير مزاد .. وله قوة».

وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِ وَرَثَتِهِ وَلَمْ يُبَيِّنْ؛ كَانَ لَهُ مِثْلُ مَا لأَقَلِّهِم نَصِيباً، فَمَعَ ابْنٍ وَبِنْتٍ رُبْعٌ، وَمَعَ زَوْجَةٍ وَابْنٍ تُسْعٌ،

(**وإن وصي له بمثل نصيب أحد ورثته ولم يبين**) ذلك الوارث (**كان له مثل ما لأقلهم نصيباً**)(١)(٢)؛ لأنه[١] اليقين، وما زاد مشكوك فيه، (**فمع ابن وبنت**) له (**ربع**) مثل نصيب البنت(٣)، (**ومع زوجة وابن**) له (**تسع**) مثل نصيب الزوجة(٤)، وإن وصى بضعف نصيب ابنه فله مثلاه، وبضعفيه فله ثلاثة أمثال، وبثلاثة أضعافه له أربعة أمثاله وهكذا(٥).

---

(١) مضموماً إلى مسألتهم؛ لأنه جعله كواحد منهم.

(٢) مزاداً على الفريضة، وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم.
ومذهب الإمام مالك: كقوله في المسألة السابقة. (المصادر السابقة)

(٣) وصورتها: [٣ - ٤]

ابن	٢	٢
بنت	١	١
موصى له		١

(٤) وصورتها: [٨ - ٩]

زوجة	١	١
ابن	٧	٧
موصى له		١

(٥) أي كُلَّما زاد ضعفاً فزد مثلاً، وهو قول الشافعي؛ واحتجوا بقول أبي عبيدة: ضعف الشيء هو ومثله، وضعفاه هو ومثلاه، وثلاثة أضعافه أربعة أمثاله.
واختار الموفق وتبعه الشارح: أنه إذا أوصى له بضعف نصيب ابنه أو ضعفيه فله مثلَهُ مرتين، وإن أوصى بثلاثة أضعافه فله ثلاثة أمثاله؛ لقول=

---

[١] في / م، ف بلفظ (لأن اليقين).

وَبِسَهْمٍ مِنْ مَالِه فَلَهُ سُدُسٌ،

(و) إن أوصى (**بسهم من ماله فله سدس**)[1] بمنزلة سدس مفروض، وهو قول علي وابن مسعود؛ لأن السهم في كلام العرب السُّدس، قاله إياس بن معاوية[2]، وروى ابن مسعود أن رجلاً أوصى

= الله تعالى: ﴿**يُضَاعَفْ لَهَا الْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ**﴾ أي مثلين، وقوله: ﴿**فَآتَتْ أُكُلَهَا ضِعْفَيْنِ**﴾ أي مثلين، والدليل على أن الضعف مثلان قوله تعالى: ﴿**إِذًا لَأَذَقْنَاكَ ضِعْفَ الْحَيَاةِ وَضِعْفَ الْمَمَاتِ**﴾، وقال الزهري: الضعف المثل فما فوقه.

(المغني: ٨ / ٤٢٨، والشرح الكبير مع الإنصاف: ١٧ / ٤٠٦، وتهذيب اللغة: ١ / ٤٨٠).

(١) وهذا هو المذهب؛ لما استدل به المؤلف.

وفي الإفصاح (٢ / ٧٥): «واختلفوا فيما إذا أوصى له بسهم من ماله، فقال أبو حنيفة: له مثل ما لأقل أهل الفريضة، إلا أنه إن كان هذا الأقل يزيد على السُّدُسَ فإنه يرد إليه، وإن نقص عنه أعطيه ناقصاً، وعنه رواية أخرى: أنه إن كان نقص عن السدس أعطي السُّدُس.

وعن مالك روايات: إحداها: يعطى السدس إلا أن تعُول الفريضة فيعطى سدساً عائلاً، والأخرى يعطى الثمن، والأخرى سهم مما تصح منه المسألة.

وقال الشافعي: الخيار إلى الورثة يعطونه ما شاءوا» ا.هـ.

(٢) قول علي بن أبي طالب لم أجده مسنداً، وذكره المصنف في شرح منتهى الإرادات: (٢ / ٥٦٧)،وابن قدامة في المغني: (٨ / ٤٢٣).

وأما الأثر المرويُّ عن ابن مسعود فأخرجه ابن أبي شيبة: (١١ / ١٧١) الوصايا، باب في الرجل يوصى للرجل بسهم من ماله (ح ١٠٨٥٠) =

. . . .

لآخر بسهم من المال فأعطاه النبي ﷺ السدس(١)(٢).

= من طريق هزيل بن شرحبيل الأودي: أن رجلاً جعل لرجل سهماً من ماله ولم يسم، فقال عبد الله: «له السدس».
وأما قول إياس بن معاوية فأخرجه ابن أبي شيبة: (١١ / ١٧١، ١٧٢ - ح ١٠٨٤٩، ١٠٨٥١).
وعزاه الزيلعي في نصب الراية: (٤ / ٤٠٨) إلى السرقيطي في كتاب غريب الحديث.

(١) ولأن السدس أقل سهم مفروض يرثه ذو قرابة فتنصرف الوصية إليه.
(المغني: ٨ / ٤٢٤)
وفي المغني (٨ / ٤٢٤): «إذا ثبت هذا فإن السدس الذي يستحقه الموصى له يكون بمنزلة سدس مفروض، فإن كانت المسألة كاملة الفروض أعيلت به، وإن كانت عائلة زاد عولها به، وإن كان فيها رد أو كانوا عصبة أعطي سدساً كاملاً».
وفي الشرح الكبير (١٧ / ٤٢٣): «والأولى إن ثبت أن السهم في كلام العرب يراد به السدس فالحكم في ذلك كما لو وصى بالسدس سواء، وإن لم يثبت ذلك أعطي مثل سهم أقل الورثة، وهو اختيار الخلال وصاحبه، وإحدى الروايات عن أحمد رحمه الله» ا.هـ. ما لم يكن هناك عرف.
(٢) أخرجه البزار كما في كشف الأستار: (٢ / ١٣٩ - ح ١٣٨٠)، والطبراني في معجمه الأوسط كما في نصب الراية: (٤ / ٤٠٧) من طريق محمد بن عبيد الله العرزمي عن أبي قيس عن هزيل بن شرحبيل عن ابن مسعود، قال =

. . . .

وَبِشَيْءٍ أَوْ جُزْءٍ أَوْ حَظٌّ أَعْطَاهُ الوَارِثُ مَا شَاءَ.

(و) إن أوصى (**بشيءٍ أو جزء أو حظ**[١]) أو نصيب أو قسط (**أعطاه الوارث ما شاء**) مما يتموَّل(١) لأنه لا حد له في اللغة ولا في الشرع، فكان على إطلاقه.

= البزار «حديث لا نعلمه يروي عن النبي ﷺ إلا من هذا الوجه» وقال الطبراني: «لم يروه عن أبي قيس إلا العرزمي». قلت: وإسناده ضعيف، لضعف محمد بن عبيدالله العرزمي، وقد تفرد بالحديث عن أبي قيس الأودي.

(١) في المغني (٨/٤٢٦): «وإن أوصى بجزء أو حظٌّ أو نصيب، أو شيء من ماله أعطاه الورثة ما شاءوا لا أعلم فيه خلافاً، وبه قال أبوحنيفة والشافعي وابن المنذر وغيرهم؛ لأن كل شيء جزء ونصيب وحظ وشيء».

فـــرع: ومثال الجمع بين الوصية بالأجزاء والأنصباء كما خلف ابنين، ووصى لزيد بثلث ماله، ولعمرو بمثل نصيب أحد ابنيه، فلكلٍّ منهما الثلث مع الإجازة، والسدس مع الرد.

* * *

---

[١] في / هـ بلفظ (حظى).

بَابُ المُوصَى إِلَيْهِ

باب الموصى إليه[١]

لا بأس بالدخول في الوصية لمن قوي عليه ووثق من نفسه[٢][٣] لفعل الصحابة رضي الله عنهم[٤].

---

(١) وهو المأمور بالتصرف بعد الموت في المال، وغيره مما للموصي التصرف فيه حال الحياة، وتدخله النيابة بملكه، وولايته الشرعية.

(٢) في الإنصاف مع الشرح الكبير (١٧/ ٤٦٤): «فائدة: الدخول في الوصية للقوي عليها قربة».

وفي المغني (٨/ ٥٦٠): «قياس مذهبه أن ترك الدخول أولى».

قال الحارثي: الوصية إما واجبة أو مستحبة، وأولوية ترك الدخول يؤدي إلى تعطيلها، فالدخول قد يتعين فيما هو معرض للضياع، ولما فيه من درء المفسدة وجلب المصلحة.

(٣) فيشترط في الدخول في الوصية شَرْطا العَمَل، وهما القوة والأمانة؛ لقوله تعالى: ﴿**إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الأَمِينُ**﴾، ولقوله ﷺ لأبي ذر: «**يا أبا ذر إني أراك ضعيفاً لا تأمرن على اثنين،ولا تولين مال يتيم**».رواه مسلم.

(٤) فقد أوصى عمر إلى ابنته حفصة - كما سبق في باب الوقف - وأوصى أبو عبيدة إلى عمر، وأوصى طائفة من الصحابة إلى الزبير، ولدخوله في عموم قوله تعالى: ﴿**وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى**﴾.

تَصِحُّ وَصِيَّةُ الـمُسْلِمِ إِلَى كُلِّ مُكَلَّفٍ عَدْلٍ رَشِيدٍ وَلَوْ

(تصح وصية المسلم إلى كل) مسلم[١] **(مكلف عدل رشيد[٢] ولو)** امرأة[٣] أو مستوراً[٤] أو عاجزاً، ويضم إليه أمين[٥] أو

---

(١) في الافصاح (٢/٧٢): «واتفقوا على أن الوصية إلى عدل جائزة واتفقوا على أن الوصية إلى الكافر لا تصح» ا.هـ.

(٢) وفي المغني (٨/٥٥٢): «ولا تصح إلى مجنون ولا طفل، ولا وصية مسلم إلى كافر بغير خلاف نعلمه؛ لأن المجنون والطفل ليسا من أهل التصرف في أموالهما فلا يليان على غيرهما والكافر ليس من أهل الولاية على مسلم».

وتعتبر هذه الصفات عند موت الموصي، وعند الوصية؛ لأنها شروط للعقد فاعتبرت حال وجوده، ولأن التصرف بعد الموت فاعتبر وجودها عنده ولا تصح الوصية إلى السفيه؛ لأنه لا يصح توكيله. (المغني: ٨/٥٥٤).

(٣) في المغني (٨/٥٥٢): «وتصحُّ الوصية إلى المرأة في قول أكثر أهل العلم؛ روي ذلك عن شريح، وبه قال مالك والثوري .. والشافعي وأصحاب الرأي، ولم يجزه عطاء؛ لأنها لا تكون قاضية كالمجنون.

ولنا: ما روي أن عمر - رضي الله عنه - أوصى لحفصة ...» ا.هـ.

(٤) أي ظاهر العدالة.

(٥) أي ولو كان عاجزاً؛ لأنه أهل للائتمان، ويضم إليه أمين قوي معاون، ولا تزال يده عن المال ونظره.

عَبْداً، وَيُقْبَلُ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ، وَإِذَا أَوْصَى إِلَى زَيْدٍ وَبَعْدَهُ إِلَى عَمْرٍو، وَلَمْ يَعْزِلْ زَيْداً اشْتَرَكَا،

(عبداً)[١] لأنه تصح استنابته في الحياة فصح أن يوصى إليه كالحر[٢] **(ويقبل)** عبد غير الموصي **(بإذن سيده)** لأن منافعه مستحقة له، فلا يفوتها عليه بغير إذنه.

(وإذا أوصى إلى زيد و) أوصى **(بعده إلى عمرو ولم يعزل زيداً اشتركا)**[٣]، كما لو أوصى إليهما معاً[٤].

---

(١) في الإفصاح (٢/ ٧٣): «واختلفوا في العبد، فقال مالك وأحمد: تصح إلى العبد على الإطلاق سواء كان له أو لغيره، وقال الشافعي: لا تصح الوصية إليه على الإطلاق، وقال أبو حنيفة: لا تجوز الوصية إلى عبد نفسه، وتجوز إلى عبد غيره، بشرط ألا يكون الورثة كباراً».

(٢) ولأنه أهل للرعاية على المال؛ لقوله ﷺ في حديث ابن عمر رضي الله عنهما: «**والعبد راع على مال سيده، وهو مسؤول عن رعيته**» متفق عليه. والرعاية ولاية.

(٣) لأن اللفظ لا يدل على العزل مطابقة، ولا تضمناً، والجمع ممكن.

(٤) في الإنصاف مع الشرح الكبير (١٧/ ٤٧٢): «ولو وصى إلى اثنين في التصرف، وأريد اجتماعهما على ذلك، قال الحارثي: من الفقهاء من قال: ليس المراد من الاجتماع تلفظهما بصيغ العقود، بل المراد صدوره عن رأيهما، ثم لا فرق بين أن يباشر أحدهما أو الغير بإذنهما، ولم يخالف الحارثي هذا القائل، قلت: وهو الظاهر وأنه يكفي إذن أحدهما الوكيل في صدور العقد مع حضور الآخر ورضاه بذلك، ولا يشترط توكيل الاثنين كما هو ظاهر كلامه الأول».

وَلاَ يَنْفَرِدُ أَحَدُهُمَا بِتَصَرُّفٍ لَمْ يَجْعَلْهُ لَهُ،

(ولا ينفرد أحدهما بتصرف لم يجعله) موصى(١) **(له)** لأنه لم يرض بنظره وحده[١] كالوكيلين(٢)، وإن غاب أحدهما أو مات، أقام الحاكم مقامه أميناً(٣)(٤)، وإن جعل لأحدهما أو لكل منهما أن ينفرد بالتصرف صح، ويَصِحُّ قبول الموصى إليه الوصية في حياة الموصي وبعد موته(٥)، وله

---

(١) بلا خلاف. (المغني: ٨/٥٥١).

(٢) وتقدم في باب الوكالة.

(٣) في الإنصاف مع الشرح الكبير (١٧/٤٧٤): «قوله: فإن مات أحدهما أقام الحاكم مقامه أميناً، وكذا لو وجد ما يوجب عزله بلا نزاع، قال المصنف: أو غاب، لكن لو ماتا أو وجد منهما ما يوجب عزلهما ففي الاكتفاء بواحد وجهان ...

قال في الفائق: ولو ماتا جاز إقامة واحد في أصح الروايتين.

قال في الرعاية الكبرى: وإن وجد منهما ما يوجب عزلهما جاز أن يقيم الحاكم واحداً في الأصح، قال ابن زين في شرحه: فإن تغير حالهما فله نصب واحد، وقيل: لا ينصب إلا اثنين».

(٤) لأن الموصي لم يرض بنظر هذا الباقي وحده، فوجب ضم غيره إليه. (المصدر السابق)

(٥) في الإنصاف مع الشرح الكبير (١٧/٤٨٠): «بلا نزاع».

وفي الشرح الكبير: «لأنه إذن في التصرف فصح قبوله بعد العقد كالتوكيل ... ويجوز تأخير القبول إلى ما بعد الموت؛ لأنها نوع وصية فصح قبولها بعد الموت كالوصية له».

---

[١] في / س بلفظ (واحدة).

وَلاَ تَصِحُّ وَصِيَّةٌ إِلاَّ فِي تَصَرُّفٍ مَعْلُومٍ يَمْلِكُهُ الـمُوْصِي، كَقَضَاءِ دَيْنِه،

عزل نفسه متى شاء[١].

وليس للموصى إليه أن يوصي إلا أن يجعله إليه[٢].

(**ولا تصح وصية إلا في تصرف معلوم**) ليعلم الوصي ما أوصى إليه به ليحفظه ويتصرف فيه[٣]، (**يملكه الموصى كقضاء دينه**[٤]) **وتفرقة**

---

(١) وهذا هو المذهب مع القدرة والعجز في حياة الموصي وبعد موته في حضوره وغيبته؛ قياساً على الوكيل، وهو قول الشافعي.

وعن الإمام أحمد: ليس له ذلك بعد موته، وفي حياته يجوز إذا أعلمه؛ لأنه غره بالتزام وصيته، ومنعه بذلك الإيصاء إلى غيره، وهو قول أبي حنيفة.

وعن الإمام أحمد: يجوز إذا وجد حاكم، وإلا فلا. (المصدر السابق).

وانظر ما تقدم في باب الوكالة في الجزء السادس.

(٢) وفي الإفصاح (٢ / ٧٤): «إذا أوصى بما أوصي به إليه، فقال أبوحنيفة وأحمد في إحدى روايته: تصح ... وقال الشافعي في أحد القولين، وأحمد في أظهر الروايتين: لا يصح إلا أن يعين فيقول أوصِ إلى فلان».

(٣) بمقتضى الوصية كالوكالة.

(٤) واقتضائه، ورد الودائع واستردادها، ورد غصب وعارية، ونحو ذلك؛ لأنه يملك ذلك فملكه وصيه.

وَتفرِقَة ثُلُثه وَالنَّظَرِ لصغاره، وَلاَ تَصِحُّ بِمَا لاَ يَمْلِكُهُ المُوصِي كَوَصِيَّةِ المَرْأَةِ بِالنَّظَرِ فِي حَقِّ أَوْلاَدِهَا الأَصَاغِرِ، وَنَحْوِ ذَلِكَ،

ثلثه(١) **والنظر لصغاره)**(٢)، لأن الوصي يتصرف بالإذن فلم يجز [إلا][١] فيما يملكه الموصي كالوكالة(٣).

(**ولا تصح**) الوصية (**بما لا يملكه الموصي كوصية المرأة بالنظر في حق أولادها الأصاغر ونحو ذلك**)(٤) كوصية الرجل بالنظر على بالغ رشيد فلا تصح لعدم ولاية الموصي حال الحياة(٥).

---

(١) وعبارة المقنع مع الشرح (١٧/ ٤٨٨): «وتفرقة وصيته» وهي أعم.

(٢) والمجانين، ومن لم يؤنس رشده بحفظ أموالهم، والتصرف لهم فيها بما لهم الحظ فيه، والنفقة عليهم.

(٣) لأن الموصي أصيل، والوصي فرعه، ولا يملك الفرع ما لا يملكه الأصل.

(٤) بناء على أن المرأة ليس لها حق الولاية على أولادها الأصاغر، وتقدم في باب الحجر، وانظر ما بعده.

(٥) في الشرح الكبير مع الإنصاف (١٧/ ٤٨٥): «فأما النظر لورثته في أموالهم، فإن كان ذا ولاية عليهم كأولاده الصغار والمجانين، ومن يؤنس رشده، فله أن يوصي إلى من ينظر لهم في أموالهم بحفظها، ويتصرف لهم بمالهم الحظ فيه، فأما من لا ولاية له عليهم كالعقلاء الراشدين، وغير أولاده من الإخوة والأعمام وسائر من عدا الأولاد، فلا تصح الوصية عليهم؛ لأنهم لا ولاية للموصى عليهم في الحياة، فلا يكون ذلك لنائبه بعد الممات، ولا نعلم في هذا كله خلافاً، وبه يقول =

---

[١] ساقط من / ف.

وَمَنْ وُصِّيَ فِي شَيْءٍ لَمْ يَصِرْ وَصِيًّا فِي غَيْرِهِ،

(**ومن وُصي**) إليه (**في شيء**[١] **لم يصر وصيًّا في غيره**[٢]) لأنه استفاد التصرف بالإذن، فكان مقصوراً على ما أُذن فيه، كالوكيل[٣]، ومن أوصي بقضاء دين فأبى الورثة أو جحدوا وتعذر إثباته قضاه باطنًا بغير علمهم[٤]، وكذا إن أوصي إليه بتفريق ثلثه وأبوا أو جحدوا

= أبو حنيفة والشافعي ومالك إلا أن أبا حنيفة والشافعي قالا: للجد ولاية على ابن ابنه وإن سفل؛ لأن له ولادة وتعصيباً، ولأصحاب الشافعي في الأم عند عدم الأب والجد وجهان: أحدهما: لها ولاية؛ لأنها أحد الأبوين فأشبهت الأب، ولنا: أن الجد يدلي بواسطة أشبه الأخ والعم بخلاف الأب فإنه يدلي بنفسه ويحجب الجد ويخالفه في منزلته وحجبه فلا يصح إلحاقه ولا قياسه عليه، وأما المرأة فلا تلي؛ لأنها قاصرة لا تلي النكاح، ولا تلي مال غيرها كالعبد».

(١) كقضاء دين، أو تفرقة وصيته.

(٢) كالنظر في حق أولاده الأصاغر؛ ونحو ذلك مما لم يجعل إليه.

(٣) في الشرح الكبير مع الإنصاف (١٧ / ٤٨٦): «وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: يكون وصيًّا في كل ما يملكه الموصي؛ لأن هذه ولاية تنتقل من الأب بمؤنة فلا تتبعض كولاية الجد، ولنا: أنه استفاد التصرف بالإذن من جهة الآدمي فكان مقصوراً على ما أذن فيه كالوكيل».

(٤) وهذا هو المذهب؛ لأنه واجب سواء رضوا به أو أبوه، فإذا أبوه قضاه كما لو وصى لرجل بمعين يخرج من الثلث فلم يقبلوا الوصية فإنه يدفع إليه وصيته بغير رضاهم ولا علمهم كذا هنا. =

[١] في / س بلفظ (لا يملك).

. . . .

أخرجه مما في يده باطناً(١).

= وعن الإمام أحمد: أنه يقضى دين الميت إن لم يخف تبعة؛ لأنه لا يأمن رجوعهم عليه.

وعن الإمام أحمد: يقضي دين الميت بإذن الحاكم. (المصدر السابق).

وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ١٩٤): «ومن ادعى ديناً على الميت، وهو ممن يعامل الناس نظر الوصي إلى ما يدل على صدقه ودفع إليه، وإلا فتحريم الإعطاء حتى يثبت عند القاضي خلاف السنة والإجماع، وكذلك ينبغي أن يكون حكم ناظر الوقف ووالي بيت المال، وكل وال على حق غيره إذا تبين له صدق الطالب دفع إليه، وذلك واجب عليه إن أمن التبعة، وإن خاف التبعة فلا، ولو وصى بإعطاء مُدَّعٍ بيمينه ديناً نفذه الوصي من رأس المال لا من الثلث، ولو قال يدفع هذا إلى يتامى فلان فإقرار بقرينة، وإلا فوصية».

(١) وهذا هو المذهب؛ لأن حق الموصى له متعلق بأجزاء التركة فجاز أن يدفع إليه مما في يده كما يدفع إلى بعض الورثة.

وعن الإمام أحمد: أنه يدفع إليه ثلث ما في يده، ولا يعطيهم شيئاً مما في يده حتى يخرجوا ثلث ما في أيدهم؛ لأن صاحب الدين إذا كان في يده مال لم يملك استيفاءه مما في يده كذا ههنا.

(الشرح الكبير مع الإنصاف: ١٧ / ٤٨٨).

. . . .

وَإِنْ ظَهَر عَلَى الـمَيِّتِ دَيْنٌ يَسْتَغْرِقُ بَعْدَ تَفْرِقَهِ الوَصِي لَمْ يَضْمَنْ،

وتصح وصية كافر إلى مسلم إن لم تكن تركته نحو خمر(١)(٢) وإلى عدل في دينه(٣).

(**وإن**[١] **ظهر على الميت دين يستغرق**) تركته (**بعد تفرقة**[٢] **الوصي**) الثلث الموصى إليه بتفرقته (**لم يضمن**) الوصي لرب الدين شيئاً؛ لأنه معذور بعدم علمه(٤) بالدَّين، وكذا إن جهل موصى له

---

(١) في الشرح الكبير مع الإنصاف (١٧ / ٤٩٣): «إذا لم تكن تركته خمراً أو خنزيراً؛ لأن المسلم مقبول الشهادة عليه وعلى غيره».

(٢) لعدم جواز تولي المسلم نحو ذلك، فلا يمكنه النظر فيها.

(٣) يعني تصح وصية الكافر إلى الكافر إذا كان عدلاً في دينه، وهذا هو المذهب، وهو قول جمهور أهل العلم؛ لأنه يلي بالنسب، فيلي بالوصية كالمسلم.

وفي وجه للشافعية، وهو قول أبي ثور: أنه لا تصح وصية الكافر إلى الكافر؛ لأنه فاسق فلم تصح الوصية إليه.

(المصدر السابق)

(٤) قال شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ١٩٥): «ويجب على الوصي تقديم الواجب على المتبرع به، فلو وصى بتبرعات لمعين أو غير معين فمنع الورثة بعض التركة أو جحدوا الدين، قال أبو العباس: أفتيت بأن الوصي يخرج الدين مما قدر عليه مقدماً على الوصية ...».

---

[١] في / ط بلفظ (فإن).

[٢] في / ق بلفظ (تفرق).

وَإِنْ قَالَ: ضَعْ ثُلُثِي حَيْثُ شِئْتَ، لَمْ يَحِلَّ لَهُ

فتصدق به [هو][١] أو حاكم ثم علم(١)، (**وإن قال: ضع ثلثي حيث شئت**) أو أعطه لمن شئت(٢) أو تصدق به على من شئت (**لم يحل**) للوصي أخذه (**له**)(٣) لأنه تمليك ملكه بالإذن، فلا يكون قابلاً له

---

(١) وإن أمكن الرجوع على آخذ فعل ووفى الدين.

(٢) ونحو ذلك من الألفاظ، وقال شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ١٩٥): «وإذا قال: اصنع في مالي ما شئت ... ونحو ذلك من ألفاظ الإباحة لا الأمر،قال أبو العباس: له أن يخرج ثلثه، وله ألا يخرجه؛ فلا يكون الإخراج واجباً ولا محرماً، بل هو موقوف على اختيار الوصي».

(٣) وهذا وهو قول جمهور أهل العلم؛ لما علل به المؤلف.
وعند الحنفية: له الأخذ. (انظر: باب الوكالة في بيع الوكيل وشرائه من نفسه).
وفي الشرح الكبير مع الإنصاف (١٧ / ٤٩٤):«وقال أبو ثور وأصحاب الرأي: إذا قال الموصى: جعلت لك أن تضع ثلثي حيث شئت؛ فله أخذه لنفسه وولده، ويحتمل أن يجوز ذلك عندنا أيضاً؛ لأن لفظ الموصي يتناوله، ويحتمل أن ينظر إلى قرائن الأحوال، فإن دلت على أنه أراد أخذه منه، مثل أن يكون من جملة المستحقين الذين يصرف إليهم ذلك، أو عادته الأخذ من مثله فله الأخذ، وإلا فلا».
فائدة: قال شيخ الإسلام كما في الاختيارات (ص ١٩٦): «يجوز صرف الوصية فيما أصلح من الجهة التي عينها الموصي، فإذا لم يعين فأولى».

---

[١] ساقط من / ظ.

وَلاَ لِوَلَدِه،

كالوكيل، **(ولا)** دفعه **(لولده)** ولا سائر ورثته؛ لأنه مُتَّهم في حقهم أغنياء كانوا أو فقراء.

وإن دعت الحاجة إلى بيع بعض العقار لقضاء دين(١)، أو حاجة صغار(٢) وفي بيع بعضه[١] ضرر فله(٣) البيع على الصغار والكبار إن امتنعوا أو غابوا(٤).

---

(١) أي عن الميت مستغرقاً ماله غير العقار، واحتاج إلى تتمته من العقار.

(٢) تقدم حكم بيع عقار الصغار في باب الحجر (٦ / ٥٥١).
أي: دعت حاجة الصغار إلى بيع بعض العقار.

(٣) لنقص قيمته بالتشقيص على الصغار.

(٤) وهذا هو المذهب؛ لأنه وصي يملك بيع بعض التركة فملك بيع جميعها كما لو كان جميع الورثة صغاراً وكان الدين يستغرق التركة، ولأن الوصي قائم مقام الأب وللأب أن يبيع الجميع، ولأن في بيع البعض نقصاً على الصغار فيتعين بيع الجميع دفعاً للضرر.
وفي الشرح الكبير (١٧ / ٤٩٨): «ويحتمل ألا يجوز البيع على الكبار، وبه قال الشافعي، وهو أَقْيَس إن شاء الله تعالى؛ لأنه لا يجب على الإنسان بيع ملكه ليزداد ثمن ملك غيره كما لو كان شريكهم غير وارث».
وفي الإنصاف مع الشرح (١٧ / ٤٩٧): «قال في الفائق: والمنصوص الإجبار على بيع غير قابل للقسمة إذا حصل ببيع بعضه نقص، ولو كان الكل كباراً وامتنع البعض نص عليه واختاره شيخنا؛ لتعلق الحق بنصف القيمة للشريك لا بقيمة النصف».

---

[١] في س / بلفظ (بعض).

وَمَنْ مَاتَ بِمَكَانٍ لاَ حَاكِمَ فِيهِ وَلاَ وَصِيَّ جَازَ لِبَعْضِ مَنْ حَضَرَهُ مِنَ الـمُسْلِمِينَ تَوَلِّي تَرِكَتِهِ وَعَمَلُ الأَصْلَحِ حِينَئِذٍ فِيهَا مِنْ بَيْعٍ وَغَيْرِهِ.

(ومن مات بمكان[١] لا حاكم فيه ولا وصي[٢] جاز لبعض من حضره من المسلمين تولي تركته[٣] وعمل الأصلح حينئذ فيها من بيع وغيره)[٤] لأنه موضع ضرورة ويكفنه منها[٥]، فإن لم تكن فمن[1] عنده، ويرجع عليها[٦] أو على من تلزمه نفقته إن نواه لدعاء[٧] الحاجة لذلك[٨].

---

(١) كبرية مثلاً.

(٢) أي لا حاكم حضر موته، ولم يوص لأحد، أو لم يقبل الموصى إليه.

(٣) وحفظها فرض كفاية؛ لقوله تعالى: ﴿**وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ**﴾، ولنهي الشارع عن إضاعة المال كما في حديث المغيرة بن شعبة ـ رضي الله عنه ـ في الصحيحين.

(٤) أي بيع ما يمكن بيعه مما يسرع إليه الفساد، وغير البيع كحفظها، وحملها للورثة.

(٥) أي ويكفنه المسلم الذي حضره، ويجهزه من تركته إن كانت؛ لوجوبها في ماله؛ لحديث ابن عباس رضي الله عنهما في الذي وقصته راحلته قال النبي ﷺ: «**اغسلوه بماء وسدر وكفنوه في ثوبيه**» متفق عليه.

(٦) أي على التركة.

(٧) فإن نوى الرجوع رجع، وإن نوى التبرع لم يرجع، وإن أطلق فمفهوم كلام المؤلف: أنه لا يرجع، والأقرب أنه يرجع.

(انظر ما تقدم من باب الرهن)

(٨) لأنه لو لم يرجع لامتنع الناس من فعله مع دعاء الحاجة إلى تجهيزه.

---

[١] في / ف بلفظ (لمن).

فهرس الموضوعات

الموضوع **الصفحة**